

**FOTOGRAFIBESKYTTELSEN I
ÅNDSVERKLOVEN – FORSKJELLENE I
ETTERGJØRINGSVERNET I § 2 OG § 43A**

Kandidatnummer: 652

Leveringsfrist: 25. april

Til sammen 17878 ord

25.04.2008

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>4</u>
1.1	Tema og problemstilling	4
1.2	Bakgrunn	6
1.3	Rettskildebildet	8
1.4	Videre fremstilling	10
<u>2</u>	<u>FOTOGRAFISKE BILDER</u>	<u>11</u>
2.1	Innledning	11
2.2	Vilkår for beskyttelse etter åndsverkloven § 43a	14
2.2.1	Ren reproduksjon	14
2.2.2	Digitale- og tradisjonelle fotografier	15
2.2.3	Stillbilder og levende bilder	16
2.2.4	Etterarbeid	18
2.3	Enerettens innhold	20
2.3.1	Økonomiske rettigheter	20
2.3.2	Ideelle rettigheter	21
2.4	Låneregler	21
2.5	Vernetid	22
2.6	Kort om vernet for utenlandske fotografiske bilder i Norge	24
2.7	Rekkevidden av beskyttelsen	25
2.7.1	Utgangspunkter for ettergjøringsvurderingen	25
2.7.2	Eksemplarframstilling	28
2.7.3	Tilgjengeliggjøring for allmennheten	36

2.7.4	Nye og selvstendige verk	37
3	<u>FOTOGRAFISKE VERK</u>	38
3.1	Innledning	38
3.2	Enerettens innhold, avgrensninger og varighet	38
3.3	Kort om vernet for utenlandske fotografiske verk i Norge	40
3.4	Vilkår for opphavsrettsbeskyttelse etter åndsverkloven § 1	41
3.4.1	Litterære, vitenskapelige og kunstneriske verk	41
3.4.2	Frembringelse	43
3.4.3	Verkshøydekravet	45
3.5	Rekkevidden av beskyttelsen	57
3.5.1	Eksemplarfremstilling	58
3.5.2	Tilgjengeliggjøring for allmennheten i opprinnelig eller endret skikkelse	60
3.5.3	Tilgjengeliggjøring for allmennheten i bearbeidelse	61
3.5.4	Nye og selvstendige verk	64
4	<u>OPPSUMMERING OG KONKLUSJON</u>	67
5	<u>KILDEOVERSIKT</u>	68

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Lov om opphavsrett til åndsverk m.v. av 12. mai 1961 nr. 2 (heretter åndsverkloven eller åvl.) inneholder et tosporet beskyttelsessystem for fotografier, hvor det sondres mellom fotografier som er åndsverk og fotografier som ikke er åndsverk. For de førstnevnte fotografier gjelder de alminnelige hovedreglene for åndsverk i lovens §§ 1 jf. 2, mens de fotografier som ikke er åndsverk reguleres av lovens § 43a. De to beskyttelsesformene kan påberopes kumulativt, jf. åvl. § 43a (4), som bestemmer at også opphavsretten kan gjøres gjeldende dersom et fotografi er ”gjenstand for opphavsrett”. Fotografier som er åndsverk vil, i samsvar med vanlig opphavsrettslig terminologi, heretter omtales som fotografiske verk, og fotografier som ikke er åndsverk vil heretter omtales som fotografiske bilder.

Bestemmelsen om fotografiske bilder er inntatt i lovens kapittel 5, hvor det gis et vern som ligner opphavsrettsbeskyttelsen til andre, beslektede rettigheter - frembringelser som strengt tatt ikke er åndsverk, men som gjerne utnyttes sammen med åndsverk slik at det er hensiktsmessig at de reguleres på samme sted, eller som har så sterke likhetstrekk med åndsverk at de bør behandles likt. I følge forarbeidene var grunnen til at disse ble omfattet av åndsverksloven at selv om de strengt tatt ikke er åndsverk, har de ”dog så nær tilknytning til dem at de naturlig kan innpasses i loven, selv om man ikke vil kalle rettighetene for ”beslektede”.¹

¹Jf. NUT-1950-1 s. 23.

Alle bilder som er frembrakt ved fotografisk teknikk er vernet etter åndsverkloven § 43a. I forarbeidene til Lov om endringer i åndsverkloven m.m. av 1995 er fotografisk teknikk definert som ”lysbølgers innvirkning på lysfølsomt materiale”.² Siden både fotografiske verk og fotografiske bilder er frembrakt på ovenfor nevnte måte, nyter fotografiske verk opphavsrettsbeskyttelse som åndsverk samtidig som de omfattes av vernet i åvl. § 43a. Betingelsen for at et fotografisk bilde skal kunne karakteriseres som et åndsverk, jf. åvl. § 1 (2) nr. 6, er at fotografiet i tillegg bærer preg av en original og individuell åndsinnsats. Skillet mellom fotografiske verk og fotografiske bilder går ved dette vilkåret, som i norsk opphavsrettslig terminologi uttrykkes som kravet til verkshøyde.

Temaet for avhandlingen er grensen mellom fotografiske verk og fotografiske bilder, og forskjellene mellom opphavsrettsbeskyttelsen i § 2 og vernet for fotografiske bilder i § 43a. Forarbeidene forutsetter at det er forskjeller i ettergjøringsvernet for fotografiske bilder og fotografiske verk. Men utover å fastslå at vernet mot ettergjøring av fotografiske verk skal være det samme som for andre åndsverk, mens vernet mot ettergjøring av fotografiske bilder skal være det samme som det var etter den tidligere fotografiloven, fastslår de ikke hvilke forskjeller dette innebærer.³ Denne avhandlingen søker derfor særlig å drøfte forskjellene i rekkevidden av åndsverklovens ettergjøringsvern for fotografiske verk og fotografiske bilder.

1.2

² Ot.prp. nr. 54 (1994–95) s. 8.

³ *ibid* s. 10.

Bakgrunn

Rettsbeskyttelsen for fotografier reguleres i dag i åndsverkloven, men ble tidligere regulert i en særskilt fotografilov. Den første fotografiloven i Norge ble laget i 1877, og ga i noen grad enerettigheter til fotografen. Etter denne loven måtte formelle regler med hensyn til merking av fotografiene være oppfylt for at fotografiet skulle vernes. Grunnen til at man hadde en særskilt regulering av fotografier var dels at man ikke anså fotografier for å være arbeider med potensiell verkshøyde, og dels at man mente en særskilt regulering ville gjøre det enklere for fagkretsen å orientere seg om rettsreglene. Den alminnelige oppfatning var at fotografier ikke var kunstneriske, men kun ”en prosess som etter sin natur er åndsløs og passiv, og som savner det moment av fri skapergeist som gir kunsten dens adelsmerke.”⁴

Fotografiloven av 1877 ble revidert med betydelige endringer i lov av 11. mai 1909. Et nordisk lovsamarbeid om revisjon av åndsverklvgivningen resulterte så i den siste fotografiloven av 17. juni 1960. Loven opererte, i likhet med de tidligere lover, med én kategori fotografier; det fotografiske bildet. Alt fra de enkleste øyeblikksbilder tatt av amatører til fotografier med klart kunstnerisk preg ble her regulert av samme regler, og loven ga et svakere vern enn åndsverkloven. Ved forberedelsen av loven ble det vurdert om man skulle la fotografier omfattes av åndsverksloven i stedet for å regulere dem særskilt. Fotografer anførte at det var urimelig å holde fotografier utenfor åndsverkbeskyttelsen siden det var åpenbart at fotografier kunne ha verkshøyde på lik linje med annen billedkunst. Fra lovgiverhold ble imidlertid behovet for en kortfattet og enkel lov ansett å veie tyngre enn fotografenes anførsler. Det ble uttalt i forarbeidene at ”En særskilt fotografilov som etter emnets art vil kunne begrenses til relativt få og kortfattede

⁴ Jf. Knoph, Ragnar. Åndsretten (1936) s. 178–179.

paragrafer, synes også egnet til lettest og enklest å gi den interesserte fagkrets den fornødne orientering.”⁵

Ved lov av 23. juni 1995 nr. 37 om endringer i åndsverkloven av 12. mai 1961 nr. 2 ble fotografiloven av 1960 opphevet, og rettsbeskyttelsen for fotografier ble i stedet regulert i åndsverkloven. Opphavsrettsutvalgets opprinnelige lovforslag i NOU 1987:16 gikk ut på å beholde fotografiloven, men å la omfatte av åndsverkloven de fotografier som oppfylte kravet til verkshøyde. Men i stedet ble fotografiloven opphevet, og det ble inntatt bestemmelser i åndsverkloven vedrørende fotografier både med og uten verkshøyde.

Bakgrunnen for lovendringen var nordisk enighet om opphevelse av fotografilovene. Departementet viste til at endringen ville forbedre den lovmessige oversikt, samt innebære praktiske og systematisk fordeler. Samtidig var Norge forpliktet til å gi fotografier med verkshøyde samme vernetid som andre åndsverk etter artikkel 6 i EUs direktiv om vernetid for åndsverk og nærstående rettigheter, rådsdirektiv 93/98 EØF (vernetidsdirektivet). Dette direktivet er nå opphevet og erstattet med direktiv 2006/116/EC.⁶ I tillegg hadde en langvarig debatt rundt rettsbeskyttelsen for fotografier ført til at de alminnelige oppfatningene vedrørende fotografier endret seg i juridiske kretser. Mange hadde motforestillinger mot fotografier som åndsverk og mente det ville bli vanskelig å trekke en grense mellom to kategorier fotografier. Men ved opphevelsen av fotografiloven var fotografien forlengst blitt anerkjent som kunstform, og man forstod at fotografilovens vern var utilstrekkelig for de fotografier som hadde et klart kunstnerisk preg. I forarbeidene til endringsloven ble det uttalt at ”enkelte fotografier utvilsomt oppfyller de alminnelige krav til et åndsverk. Disse tilstår nå vern på linje med andre åndsverk.”⁷ Forarbeidene forutsatte dog at dette ville gjelde de færreste fotografier.

⁵ Jf. Innstilling til Lov om rett til fotografiske bilder av 1950.

⁶ Jf. EØS-komiteens beslutning nr. 56/2007 av 8. juni 2007 om endring av EØS-avtalens vedlegg XVII (Opphavsrett)

⁷ Ot. prp. Nr. 54 (1994–95) s. 8.

1.3 Rettskildebildet

Åndsverkloven er det naturlige utgangspunkt for en analyse av opphavsrettslige problemstillinger. Den norske åndsverkloven er et resultat av et fellesnordisk samarbeid, og er tilnærmet lik lovene om opphavsrettsbeskyttelse i de andre nordiske landene. Likeledes er forarbeidene i Norden mer eller mindre samsvarende. Av denne grunn er forarbeider, rettsavgjørelser og litteratur fra de andre nordiske landene relevante ved løsningen av problemstillinger i norsk opphavsrett. Både forarbeidene til fotografiloven (Ot.prp. nr. 28 (1969–60) om lov om rett til fotografi), forarbeidene til åndsverkloven (Ot.prp.nr.26 (1959–1960) om lov om opphavsrett til åndsverk) og forarbeidene til endringsloven av 23. juni 1995 nr. 37 (Ot.prp. Nr. 54 (1994–95) om lov om endringer i åndsverkloven m.m.) vil være aktuelle for løsning av avhandlingens problemstillinger.

De nordiske landene er alle tilsluttet flere multilaterale traktater om vern av litterære og kunstneriske verk. Av de viktigste er Bernkonvensjonen om vern for litterære og kunstneriske verk av 1886.⁸ Bernkonvensjonen var den første multilaterale og allmenne internasjonale konvensjon om opphavsrettsbeskyttelse, og den danner fremdeles grunnlaget for internasjonal beskyttelse av åndsverk. De land som er tilsluttet konvensjonen utgjør Bernunionen til beskyttelse av litterære og kunstneriske verk, jf. konvensjonens art. 1. Konvensjonen innfører en minimumsbeskyttelse som må innføres i alle unionslandenes nasjonale lovgiving, og fastslår at landene er forpliktet til å gi verk som tilhører andre unionsland samme beskyttelse som innrømmes vertslandets egne verk. Fotografier som ikke er verk omfattes ikke av Bernkonvensjonen. Mange av bestemmelsene i åndsverkloven er laget med Bernkonvensjonen som utgangspunkt. I henhold til konvensjonens

⁸ Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works of September 9, 1886, as revised at Paris on July 24, 1971.

artikkel 2 skal uttrykket ”literary and artistic works” inkludere enhver frembringelse på det litterære, vitenskapelige eller kunstneriske område, uansett form eller uttrykk, herunder ”photographic works to which are assimilated works expressed by a process analogous to photography”.

Høyesterett har ikke avsagt noen avgjørelser med direkte betydning for avhandlingens hovedproblemstilling. Imidlertid vil Evert Taube-dommen⁹ avsagt av Högsta domstolen i Sverige i 1989, Barnebilde-dommen¹⁰ avsagt av Finlands høyesterett i 1979 og Heitkøtter-dommen¹¹ avsagt av Oslo byrett i 1989 være relevante.

Juridisk litteratur har alminnelig relevans og vekt i opphavsretten. Det vil også benyttes litteratur vedrørende andre frembringelser enn fotografier, da det kan trekkes paralleller fra de generelle betraktninger som fremkommer i analyser av andre frembringelser. For eksempel er det antatt i juridisk teori at verkshøydevurderingen for fotografier skal være ”vanlig”,¹² hvilket vil si at det ikke skal gjelde noen særskilte prinsipper ved verkshøydevurderingen for fotografier.¹³ Således vil litteratur vedrørende verkshøydekravet for andre verkstyper være aktuell. Øvrig nordisk litteratur vil kunne gi nyttige bidrag, da det i stor grad er rettsenhet vedrørende rettsbeskyttelsen for fotografier i Norden.

Rettskildebildet vedrørende oppgavens tema er relativt sparsomt. Som konsekvens av dette vil utenlandske rettskildefaktorer og reelle hensyn kunne tillegges noe større vekt enn ved løsningen av andre rettsspørsmål. For øvrig er alminnelig juridisk metode benyttet i fremstillingen.

⁹ Gjengitt i NIR 1990 s. 306.

¹⁰ Gjengitt i ND 1980 s. 330.

¹¹ Gjengitt i NIR 1989 s. 381.

¹² Jf. f.eks. Rosenmeier, Morten. Værkslæren i opphavsretten (2001) s. 277, hvor det hevdes at man bør unngå å ”anlægge spesielt strenge, restriktive originalitetskrav til fotografier.”

¹³ Påstanden vil imidlertid drøftes nærmere i kapittel 3.4.3.5.

1.4 Videre fremstilling

Rettsreglene vedrørende fotografiske bilder behandles i kapittel 2, og deretter reglene vedrørende fotografiske verk i kapittel 3. Det vil redegjøres for vilkårene for vern av fotografiske bilder og fotografiske verk i henholdsvis kapittel 2.2 og 3.4. I henholdsvis kapittel 2.3 til 2.5 og 3.2 vil det gis en kort oversikt over enerettens innhold, avgrensinger og varighet. Utenlandske fotografiers rettsbeskyttelse i Norge vil behandles kort i henholdsvis kapittel 2.6 og 3.3.

Det vil også gjøres en analyse av forskjellene i åndsverklovens vern for fotografiske verk og fotografiske bilder. Behandlingen av det materielle vernet vil konsentrere seg om rekkevidden av vernet mot ettergjøringer. Dette vil drøftes for fotografiske bilder i kapittel 2.7 og for fotografiske verk i kapittel 3.5.

En oppsummering av avhandlingens hovedpunkter og konklusjoner vil gis i kapittel 4.

2 Fotografiske bilder

2.1 Innledning

Det må i opphavsrettslig forstand skilles mellom fotografier og andre bilder. Det vil i det følgende redegjøres for den nedre grense for fotografier, altså hva som skal til for at et bilde anses for å være et fotografi.

Åndsverkloven gir ingen definisjon av fotografiet, men forarbeidene til endringsloven definerer fotografiet slik: "Bilde som er blitt til ved lysbølgers innvirkning på lysfølsomt materiale".¹⁴ Dette er en alminnelig akseptert definisjon i nordisk rett. I tillegg må det gjøres en konkret vurdering av hva som naturlig kan kalles for fotografier. Det er sjelden vanskelig å avgjøre hvilken teknikk som er benyttet ved frembringelsen av et bilde. Fordi fotografier er de mest virkelighetsnære gjengivelsene som kan gis av et motiv, er de lett gjenkjennelige, og få personer vil derfor ha problemer med å skille for eksempel et maleri fra et fotografi. En kompliserende faktor er ny teknologi som muliggjør kunstig digital fremstilling av naturtro bilder. Men selv om disse kan ligne på fotografier faller de utenfor vernet i § 43a, fordi de ikke er frembrakt ved lysbølgers innvirkning på lysfølsomt materiale. Det fremholdes også i forarbeidene at "rent elektronisk" fremstilte bilder "f.eks. med databaserte tegne- og designsystemer" ikke omfattes av fotografivernet i åvl. § 43a.¹⁵

¹⁴ Ot.prp. nr. 54 (1994–94) s. 8.

¹⁵ Jf. *ibid.*

Ordet *bilde* kan brukes i flere sammenhenger i det norske språk, men benyttes særlig om avbildninger av synsinntrykk; det vil si mer eller mindre like gjengivelser av den synlige virkeligheten. Bilder kan også gjengi tenkte visuelle motiver eller opplevelser. Begrepet omfatter både stillbilder som malerier, tegninger og fotografier og levende filmbilder. Slike bilder gjengis vanligvis på et todimensjonalt underlag som papir eller lerret, men kan også gjengis på en vegg, en TV-skjerm, en dataskjerm eller lignende. Fotografer og andre billedkunstnere søker gjerne å gjenskape en tredimensjonal virkelighet på det flate underlaget ved hjelp av lys, skygge, farger, komposisjon og romvirkninger.

Men det er altså bare bilder som er frembrakt med fotografisk teknikk som er tema for denne avhandlingen. Det første fotografiet ble laget i begynnelsen av 1800-tallet. Med den tidligste fotografiske teknikken klarte man kun å fremstille midlertidige bilder som kunne avtegnes på papir, og det tok lang tid før man klarte å gi bildene en varig fiksering. Frem til 1880-tallet ble det benyttet en metode hvor negativer av fotografier ble fremstilt på våte glassplater og senere kontaktkopiert til positiver. Et revolusjonerende fremskritt som gjorde fremstillingen av fotografier mye enklere ble gjort da emulsjonsfilmen ble oppfunnet i 1888.¹⁶ I 1907 ble fargefilmen oppfunnet, og på 1950-tallet var den allment tilgjengelig på markedet.¹⁷ Til å begynne med var det svært kostbart å produsere fotografier, og eksponeringstiden var flere timer. Men det ble stadig utviklet bedre teknikker for fotografisk fremstilling slik at prisene ble lavere, og i 1920 var de kommet ned til et nivå hvor en vanlig arbeider hadde råd til å kjøpe seg et kamera.¹⁸ Senere har man utviklet polaroidkameraet, videokameraet, engangskameraet og digitalkameraet, samt nyere bildemedier som internett og bildetelefon.¹⁹ Digitaliseringen har gjort det billigere og enklere å gjengi bilder i trykte medier, og det har også blitt enklere å manipulere bilder.

¹⁶ Jf. Aschehoug og Gyldendals Store norske leksikon. <http://www.snø.no/article.html?id=552705>

¹⁷ Jf. Galtung, Andreas. Fotografiloven med kommentarer (1991) s. 2.

¹⁸ Jf. *ibid.*

¹⁹ For mer om fotografiens historie og utvikling se Aschehoug og Gyldendals Store norske leksikon. <http://www.snø.no/article.html?id=552705>

Det kan hevdes at hensynene som begrunner vern av fotografiske verk ikke gjør seg gjeldende for fotografiske bilder, og at det derfor ikke foreligger noe reelt behov for vern av fotografier som ikke er åndsverk. Imidlertid tilsier reelle hensyn og rimelighetsbetraktninger at også de fotografiske bilder bør beskyttes. Dette er nødvendig fordi mange fotografier, på tross av manglende verkshøyde, har økonomisk verdi som kan realiseres ved kommersiell utnyttelse. I tillegg gjør personvern hensyn og eiendomsrettsbetraktninger seg særlig gjeldende for private bilder. Det største antall av de fotografier som tas er ikke åndsverk, og det ville være urimelig om fotografer eller rettighetshavere til det store antall fotografiske bilder som lages skulle være uten mulighet til å regulere bruken av eller høste fruktene av sine bilder.

2.2 Vilkår for beskyttelse etter åndsverkloven § 43a

Det eneste vilkåret for vern etter åndsverkloven § 43a er at bildet er frembrakt ved fotografisk teknikk. Det kreves ingen åndsinnsett fra fotografens side for at et bilde skal anses som et fotografi som vernes med hjemmel i § 43a. Det er tilstrekkelig å fastslå at det faktisk er et fotografi en har med å gjøre, og ikke et bilde som faller utenfor fotografibegrepet. Når det er trykket på utløserknappen til et kamera, vil det som regel være frembrakt et fotografisk bilde med vern etter § 43a, forutsatt at det var film eller annet lysfølsomt materiale i kameraet. Det vil si at alle fotografier er vernet etter § 43a, så vel de som er tatt manuelt som automatiske bilder. Bestemmelsen er en videreføring av fotografilovens § 1. I henhold til fotografiloven § 1 omfattet begrepet fotografisk bilde også ”bilete som vert laga på ein måte som likjest fotografering”. Det fremgår av forarbeidene til endringsloven at det, ved å flytte reglene om vern av fotografier til åndsverkloven, ikke var tilsiktet noen ”endring med hensyn til definisjonen av et fotografisk bilde”.²⁰ Det er videre presisert at den manglende videreføringen av bestemmelsens ordlyd ikke innebærer noen realitetsendring, og at man fortsatt kan legge den til grunn.²¹ Således vil også bilder som er laget ved en metode ”likjest fotografering” også omfattes av åvl. § 43a.

2.2.1 Ren reproduksjon

Alt som er frembrakt med fotografisk teknikk omfattes av § 43a. Imidlertid omfattes ikke den rene reproduksjon av et bilde, selv om reproduksjonen skjer ved fotografisk teknikk. Det forutsettes altså, på tross av ordlyden ”lager”, at det skal frembringes et nytt fotografisk bilde. Men bildet trenger ikke å være nytt i den

²⁰ Ot.prp. Nr. 54 (1994–1995) s. 9.

²¹ *ibid* s. 36.

forstand at det ikke finnes lignende bilder; kravet innebærer kun at det ikke må fremstilles eksemplar av et allerede eksisterende bilde. Det ligger i sakens natur at det ikke finnes noe påviselig behov for å verne rene reproduksjoner. Konsekvensen av et eventuelt vern hadde blitt at vernetiden kunne forlenges ved behov slik at man, ved å fremstille en ny kopi når utløpet av vernetiden nærmet seg, ville igangsette en ny vernetid med utgangspunkt i fremstillingen av kopien.²²

Unntaket for reproduksjon innebærer at en fotokopi av et fotografi ikke beskyttes som et eget bilde etter åndsverklovens § 43a.²³ Dette vil fortsatt være et eksemplar av det allerede eksisterende fotografiske bildet. Men man kan ikke dermed fastslå at all fotokopiering faller utenfor § 43a. Gode kopimaskiner kan ta forholdsvis gode bilder av gjenstander, og en kan ikke se bort fra at en slik fotokopi kan være et fotografisk bilde. Det som ikke har vern er fotokopier som er tatt for å reprodusere allerede eksisterende bilder. Avfotograferer en et maleri kan det imidlertid være et fotografi samtidig som det er et eksemplar av maleriet.

2.2.2 Digitale- og tradisjonelle fotografier

Det skilles gjerne mellom tradisjonell fotografering og digital fotografering. I motsetning til det tradisjonelle fotografiet inneholder ikke digitalkameraet lysfølsom film, men en lysfølsom billedbrikke. Reproduksjon og lagring av fotografier blir mye enklere med den digitale teknikken, fordi bildene kan overføres direkte til en datamaskin og redigeres i et bildebehandlingsprogram. Men man kan oppnå de samme virkninger i et mørkerom som i et bildebehandlingsprogram, og når et fotografi er ferdig fremstilt på papir, vil det sjelden være mulig å fastslå om fotografiet er tatt med et tradisjonelt eller med et digitalt kamera.

²² Jf. Lassen, Birger Stuevold. Noe om det fotografiske bilde (2003) s. 326.

²³ Jf. Rognstad, Ole Andreas. Fragmenter til en lærebok i opphavsrett (2004) s. 143.

Rettslig sett sondres det derfor ikke mellom bilder tatt med digitalkamera og med tradisjonelt kamera. Digitale kameraer har mer eller mindre tatt over for de tradisjonelle kameraene, og anvendes på samme måte og til samme formål. En fotograf med et digitalt kamera har derfor det samme behovet for enerett til sitt bilde, og det er heller ingen reelle hensyn som tilsier at digitale bilder ikke skal undergis åndsverklovens fotografivern.

2.2.3 Stillbilder og levende bilder

Åndsverklovens § 43a omfatter i utgangspunktet bilder som er frembrakt ved bruk av film, men det er fremgått av forarbeidene at også bilder som er tatt uten bruk av film skal omfattes.²⁴ Det vil si at de enkelte bildene i en videofilm omfattes selv om det ikke brukes noen film ved produksjonen av disse. Det har i tillegg vært fastslått uttrykkelig i forarbeidene at videoopptak omfattes direkte av fotografibegrepet fordi de også lages ved hjelp av lysbølgers innvirkning på lysfølsomt materiale.²⁵ Det er videre en tradisjonell oppfattelse at også røntgenbilder og satelittbilder omfattes av fotografibegrepet.²⁶ Slike bilder vil imidlertid ikke kunne oppnå verkshøyde, da det vanskelig kan settes et individuelt, skapende preg på dem. At bilder tatt uten bruk av film også omfattes må i dag sies å fremgå av forarbeidenes definisjon om at fotografier fremstilles ved lysets innvirkning på lysfølsomt "materiale".

Åndsverkloven stiller ikke krav om nedtegning eller fiksering, selv om det er adgang til det etter Bernkonvensjonens artikkel 2 (2). Umiddelbart synes heller ikke kravet om fiksering særlig problematisk for fotografering, siden den fotografiske prosessen i seg selv fører til et fiksert resultat. Men spørsmålet er av praktisk betydning for bildene i direktesendt tv, som kun har en "helt momentan fysisk

²⁴ Jf. Ot.prp. Nr. 54 (1994–95) s. 36 der det ble uttalt at valget om ikke å videreføre fotografilovens uttrykk "som likjest fotografering" ikke var ment å medføre noen realitetsendring.

²⁵ Jf. NOU 1987:16 s. 10.

²⁶ Jf. Rosenmeier (2001) s. 274.

eksistens”.²⁷ Bildene i direktesendinger skiller seg fra vanlig fotografier ved at de ikke er varig festet til et ”stofflig medium”, og at de ikke kan oppfattes som enkeltbilder av ”de menneskelige sanseorganer”, selv om de et kort øyeblikk er lagret elektronisk inne i kameraet.²⁸

Spørsmålet er om begrepet fotografisk bilde krever at det må påvises et eksemplar; altså om det kreves at bildet er festet til et billedgjengivende medium. Tysk høyesterett fastslo i 1962 at hvert enkelt fjernsynsbilde har vern som fotografisk bilde, og at dette også gjelder bildene i direktesendt tv som først blir synlige for det menneskelige øye ved sendingen.²⁹ Det vesentlige var ved hvilken metode bildet var blitt til, ikke hvordan det ble reproduisert. Fjernsynskameraet frembrakte bildene på prinsipielt samme måte som fotografikameraet. Resultatet av bildet var i samme grad avhengig av kameraets plassering, belysningen, utsnittsalget osv. Det samme gjaldt opptaksutstyret for fjernsynssendinger – det er de samme prinsipper som ligger til grunn for arbeidet hvor det gjøres opptak under sendingen, som bak den kjemiske fotografiprosessen. Det hadde ingen betydning at lagringen bare var helt momentan – varig fiksering var intet vilkår for vern. Retten sammenlignet også fotografier med litterære verk og musikkverk, der det var tilstrekkelig med offentlig fremføring.

Rettspolitiske hensyn og rimelighetsbetraktninger tilsier at det ikke er hensiktsmessig å sonde mellom direktesendinger og sendinger på basis av opptak. Sondringen ville fått den virkning at det fritt kan fotograferes fra skjermen hvis fjernsynet er direktesendt, men er bundet av fotografens enerett hvis det gjøres opptak av sendingen. Dermed måtte fotografer eller rettighetshavere alltid gjøre opptak av sine sendinger for å sikre seg mot andres bruk. Til sammenligning kan en tenke seg at en artist som opptrådte på en scene måtte gjøre opptak av sin opptreden

²⁷ Jf. Rognstad (2004) s. 143.

²⁸ Jf. Lassen (2003) s. 329.

²⁹ Dom av tysk høyesterett 1962, Aktualitäten-Kinos.

for å sikre seg mot at tilskuere filmet konserten og gjorde den tilgjengelig for allmennheten. Ordningen hadde fått urimelige virkninger også for de som ønsker å utnytte bildet. De vil sjelden vite om sendingen er direktesendt eller gjort på basis av opptak, eller hvorvidt det gjøres opptak av programmet under sendingen dersom den er direktesendt. Dermed må det alltid påregnes at bildet kan være beskyttet. I dag gjøres nesten alltid opptak av direktesendte programmer under sendingen. Det vil derfor finnes et fotografisk eksemplar av bildet, og det man ser på skjermen vil være en gjengivelse av dette, som normalt vil ha vern etter § 43a. I praksis vil den frie adgang til å avfotografere bildene i direktesendinger derfor ha liten reell betydning.

2.2.4 Etterarbeid

Et annet praktisk spørsmål som kan reises ved vilkåret om bruk av fotografisk teknikk ved frembringelsen, er om det i § 43a skal innfortolkes et krav om at fotografiet utlukkende har blitt til ved ”lysbølgers innvirkning på lysfølsomt materiale”, eller om andre metoder også kan ha vært benyttet ved fremstillingen. Spørsmålet er særlig relevant ved digital manipulasjon av fotografier. I tilfeller hvor fotografen har manipulert fotografiet slik at det viser noe mer, mindre eller annet enn det opprinnelige motivet, har fotografiet ikke bare blitt til ved lysbølgers innvirkning på lysfølsomt materiale, men det er også et resultat av fotografens bruk av andre metoder.

Det er klart at fotografens arrangement og iscenesettelse av motivet i forkant av eksponeringen ikke fratar fotografiet dets vern etter § 43a. Likeledes er ikke bruk av lyssetting eller filter til hinder for vern, selv om dette kan ha stor innvirkning på resultatet. Fotografiet er like fullt frembrakt ved fotografisk teknikk. Så kan det spørres om bildet får en annen rettslig posisjon hvis det er foretatt arbeid i ettertid. Det er en forutsetning for fremstilling av fotografiske bilder at det gjøres et visst arbeid også etter eksponeringen. Det må således være klart at bildet ikke er ferdig

laget på eksponeringstidspunktet, selv om vernetiden løper fra dette tidspunktet.³⁰ Ved tradisjonell fotografering må filmen fremkalles i mørkerom, og man kan her oppnå mange av de samme effektene som man kan ved digital manipulering. I mørkerommet er det for eksempel av avgjørende betydning hvordan fotografen beskjerer bildet og hvor lenge han lar negativet ligge i fremkallingsvæsken. I tillegg kan valg av kornete papir prege det endelige resultatet. Likevel er det klart at heller ikke dette arbeidet medfører at fotografiet ikke vernes av § 43a. Resultatet av så snever tolkning hadde blitt at kun ikke-fremkalte fotografier nød beskyttelse.

Det samme må legges til grunn ved digital manipulasjon, men det må selvfølgelig gjøres en vurdering av endringene som er gjort. Et utgangspunkt for tolkningen kan være at bildet ikke lenger er et fotografisk bilde når det ikke lenger har karakter av å være et fotografi.³¹ Men dersom manipulasjonen bidrar til vesentlige forskjeller mellom det opprinnelige motivet og det endelige resultatet, kan det tenkes at fotografiet blir til noe annet eller mer enn et fotografisk bilde, og således omfattes åndsverkvernet. Spørsmålet om bildet fortsatt har fotografisk karakter blir relevant for å avgjøre om bildet ved manipulasjonen har blitt til et fotografisk verk eller et åndsverk av en annen art. Dersom det har bevart sin fotografiske karakter, slik at det har blitt et fotografisk verk, vil det vernes både som et fotografisk bilde jf. § 43a, og som fotografisk verk jf. §§ 1 og 2. Hvis bildet derimot har vært gjenstand for så omfattende manipulasjon at det mister sin fotografiske karakter, vil bildet kun vernes som åndsverk. Men det opprinnelige fotografiet som var utgangspunkt for bearbeidelsen, vil selvsagt fortsatt være vernet som et fotografisk bilde. Grensen er vanskelig å trekke, men vil drøftes nærmere i kapittel 2.7 og 3.5.

2.3

³⁰ Se kapittel 2.5.

³¹ Jf. Galtung (1991) s. 13.

Enerettens innhold

2.3.1 Økonomiske rettigheter

I henhold til åvl. § 43a har den som ”lager” et fotografisk bilde enerett til fremstille eksemplar av det, og til å gjøre det tilgjengelig for allmennheten. Som nevnt er bestemmelsen basert på tidligere fotografilovs § 1, som ga fotografen enerett til å ”laga eksemplar av bilete, enten det vert gjort med fotografering, prenting, teikning eller på anna måte, og samleis til å syna biletet offentleg.” Eneretten innebærer at ingen andre uten samtykke kan fremstille eksemplarer av det fotografiske bildet, eller tilgjengeliggjøre det for allmennheten ved spredning, visning eller fremføring, jf. åvl. § 43a (1) jf. § 2 (3). Et fotografi kan derfor ikke kopieres eller publiseres uten samtykke fra fotografen eller fra den som fotografen har overdratt sine rettigheter til. Samtykke vil gjerne gis mot betaling av vederlag.

Eneretten kan sies å ha en negativ og en positiv side. Fotografen kan for det første nekte andre å råde over bildet uten hans samtykke, og for det andre kan han selv bestemme hvordan bildet skal benyttes, det vil si når og hvordan det skal mangfoldiggjøres og offentliggjøres. Eneretten til eksemplarfremstilling er generell, mens eneretten til tilgjengeliggjøring for allmennheten er begrenset til å gjelde ”utenfor det private område”.³²

2.3.2

³² Grensene for hva som er utenfor det private område er forsøkt trukket opp i rettspraksis. For en nærmere redegjørelse for begrepets innhold, se Rognstad (2004) s. 91 flg.

Ideelle rettigheter

Fotografen har også ideelle rettigheter i henhold til åvl. § 43a (3) jf. § 3. For det første har han krav på å bli navngitt "slik som god skikk tilsier" jf. § 3 (1). Videre må den som har fått rettigheter til å endre et bilde eller til å gjøre det tilgjengelig for allmennheten, ikke gjøre dette på en måte eller i en sammenheng som medfører at fotografens egen- eller bildets "anseelse eller egenart" krenkes, jf. § 3 (2). Fotografen kan ikke fraskrive seg de ideelle rettighetene, jf. § 3 (3). I tillegg kommer at en eventuell overdragelse av rettighetene ikke innebærer noen rett til å endre verket med mindre det er avtalt, jf. åvl. § 43a (3) jf. § 39 b (1).

Retten til fotografisk bilde oppstår automatisk i det bildet lages. Åndsverkloven oppstiller ingen formelle krav til registrering eller merking av eksemplarer med det såkalte "copyright" merket.

2.4 Låne regler

Åndsverklovens kapittel 2 inneholder en rekke "låne regler" - regler om avgrensninger av opphavsretten. De fleste låne reglene er gitt tilsvarende anvendelse på fotografiske bilder gjennom henvisninger fra § 43a (3). Fotografens enerett til å råde over bildet er altså ikke unntaksfri. Men låne reglene gjør ingen innskrenkninger i fotografens ideelle rettigheter, jf. åvl. § 11 (1) jf. § 43a (3).

Det er ikke plass til noen nærmere redegjørelse for de enkelte låne reglene i denne avhandlingen, men de mest relevante bestemmelsene skal nevnes. For det første gjøres det vidtrekkende inngrep i eneretten til eksemplar fremstilling. I henhold til § 12 er det for eksempel en vid adgang til eksemplar fremstilling til privat bruk. Således kan begrensningen til det "private område" synes som en lovteknisk forskjell. Men det er ikke bare en lovteknisk begrunnelse bak regelen, fordi den får

som konsekvens at rettighetshaverens ideelle rettigheter fortsatt gjelder når det fremstilles eksemplar til privat bruk, jf. § 11 (1), men ikke hvis bildet vises innenfor det private område. Videre er bestemmelsene i §§ 23 og 23a om gjengivelse av fotografiske verk i ”kritisk eller vitenskapelig fremstilling” eller i ”aviser, tidskrifter og kringkastning ved omtale av dagshending” av de viktigste låneregler som også er gjort gjeldende for fotografiske bilder.

2.5 Vernetid

Eneretten til eksemplarframstilling og tilgjengeliggjøring for allmennheten er ikke evigvarende. Åndsverkloven § 43a angir vernetiden for fotografiske bilder alternativt med utgangspunkt enten i dødsåret til fotografen eller i det år bildet ble laget. Utgangspunktet er at vernet gjelder i fotografens levetid og i 15 år etter utløpet av hans dødsår. Men i alle tilfeller løper vernetiden i ”minst 50 år fra utløpet av det år bildet ble laget”, jf. åvl. § 43a. I mange tilfeller har fotografen overdratt rettighetene til en annen. Derfor er den alternative beregningsregelen, som knytter seg til tidspunktet da fotografiet ble laget, og ikke til fotografens levetid, nødvendig for å sikre rettighetshaverens interesser på en forutberegnelig måte. I dette henseende anses bildet laget ved eksponeringen, ikke ved ferdigstillingen av fotografiet. Således begynner vernetiden å løpe på eksponeringstidspunktet; det vil si når det er trykket på utløserknappen på kameraet.

Åndsverklovens regler om enerettens varighet har sin bakgrunn i en avveining mellom samfunnets interesser i at et verk faller i det fri og kan benyttes av allmennheten, og frembringerens, eller i de fleste tilfeller hans arvinger og rettsetterfølgeres, ønske om å høste fruktene av arbeidet ved blant annet å kunne kreve vederlag for andres bruk.³³ Lovens regler om vernetid må ses på bakgrunn av vernetidsbestemmelsene i de konvensjoner og direktiver Norge er tilsluttet.

³³ Jf. Galtung (1991) s. 75.

Bernkonvensjonens hovedregel om vernetid er i henhold til artikkel 7 (1) 50 år etter utløpet av dødsåret til opphavsmannen, men i henhold til artikkel 7 (4) er det opp til lovgiver i det enkelte unionsland å beslutte "the term of protection of photographic works (...) in so far as they are protected as artistic works; however, this term shall last at least until the end of a period of twenty-five years from the making of such a work." Men Norge er likevel forpliktet gjennom vernetidsdirektivet til å gi verkene en vernetid på 70 år etter utløpet av dødsåret og 50 år for de nærstående rettigheter. I henhold til direktivets artikkel 6 er det imidlertid opp til den enkelte stat å beslutte om fotografiske bilder skal reguleres i lovgivningen. De forannevnte bestemmelsene har gitt seg utslag i åndsverkloven §§ 1 (2) nr. 7 jf. 40 og 43a.

Den alternative 15-årsregelen i § 43a er en videreføring av fotografilovens § 13. Etter bestemmelsen skulle fotografier vernes i 15 år etter utløpet av fotografens dødsår, men likevel i 25 år etter at bildet ble laget. 25-årsregelen var i samsvar med Bernkonvensjonens minimumskrav til vernetid for fotografiske verk i art. 7 (4). Departementet foreslo opprinnelig at regelen om vern i 15 år etter fotografens død skulle oppheves, men etter en fornyet vurdering kom det til at 15-årsregelen skulle opprettholdes, i tillegg til at vernet skulle forlenges fra 25 år til 50 år etter at bildet ble laget. Grunnen til at man valgte å forlenge vernetiden for bilder i åndsverkloven var at man ønsket å gjøre vernet for fotografiske bilder likt vernet for de andre nærstående rettigheter. Ved å beholde 15-årsregelen hindret man at vernetiden utløp mens fotografen levde i de tilfeller hvor fotografen levde i mer enn 50 år etter at han tok bildet. En følge av denne regelen er at en fotograf som tar et bilde i ung alder og lever et langt liv, oppnår et mye lengre vern enn en fotograf som tar et bilde i de siste årene av sitt liv.

2.6 Kort om vernet for utenlandske fotografiske bilder i Norge

I henhold til åndsverkloven § 58 annet ledd sjette og syvende punktum gjelder § 43a for fotografiske bilder som første gang er utgitt i Norge, eller som er laget av noen som er statsborger i, bosatt i eller har sete i et land innenfor EØS-området. I tillegg omfattes fotografiske bilder som er innføydd i bygninger eller faste anlegg i et av EØS-landene. Bestemmelsen har sin bakgrunn i at Norge, som part i EØS-avtalen, er forpliktet til å gi fotografiske bilder fra andre medlemsland lik beskyttelse som norske bilder. Fotografiske bilder omfattes ikke av noen av de konvensjoner Norge er tilknyttet. Konklusjonen blir derfor at utenlandske fotografiske bilder som ikke er utgitt første gang i Norge, og som heller ikke tilknytning til EØS, har således ikke vern i Norge.

2.7

Rekkevidden av beskyttelsen

I henhold til åvl. § 43a har den som lager et fotografisk bilde enerett til ”å fremstille eksemplar av det, enten det skjer ved fotografering, trykk, tegning eller på annen måte, og å gjøre det tilgjengelig for allmennheten.” Implisitt vil dette si at hvis andre råder over bildet på ovennevnte måte, foreligger en krenkelse av fotografens enerett til å råde over sitt bilde. Krenkelsen kan utløse sanksjoner som straff, erstatning og inndragning, jf. åvl. kapittel 7.

Som nevnt kan rekkevidden av vernet mot slike krenkelser være ulik for fotografiske verk og fotografiske bilder. Forarbeidene sier imidlertid ikke noe mer om hva forskjellene innebærer. I det følgende vil det redegjøres for hva dette vernet omfatter for fotografiske bilder og hvor vidt det rekker. Forarbeidene presiserer at omfanget av vernet mot ettergjøring av fotografiske bilder skal være det samme som etter fotografiloven.³⁴ Praksis og litteratur vedrørende fotografilovens ettergjøringsvern er derfor fortsatt relevant.

2.7.1 Utgangspunkter for ettergjøringsvurderingen

En krenkelse forutsetter at den som ettergjør har hatt kjennskap til bildet. Det gjelder ingen prioritetsbeskyttelse i opphavsretten slik som i design- og patentretten, og i prinsippet er derfor dobbeltfrembringelser mulige. Fotografen kan stanse dem som vil ”snylte” på hans bilde gjennom kopiering eller etterligning, men har ingen ting han skulle sagt hvis den andre, uten å kjenne til bildet, selvstendig lager et identisk bilde. Man kan bare krenke bilder man har hatt adgang til å gjøre seg kjent med. Dobbeltfrembringelsessituasjoner innebærer naturligvis vanskelige bevissspørsmål, og det må gjøres en konkret vurdering av hvorvidt det er sannsynlig at den som hevdes å krenke bildet hadde kjennskap til det.

³⁴ Jf. Ot.prp. Nr. 54 (1994–1995) s. 36.

Før man begynner å vurdere hvilke likheter som foreligger mellom fotografiet og den påståtte ettergjøringen, må man altså klargjøre om den som beskyldes for å ha ettergjort fotografiet har hatt tilgang til det.³⁵ En slik tilgang vil kunne presumeres hvor bildet har vært publisert i aviser, magasiner, bøker, på internett eller lignende. Men en kan også støte på tilfeller hvor det er lite sannsynlig at etterligneren har sett bildet, men hvor likhetene er så slående at man likevel må anta at han har hatt tilgang til det. For øvrig kan likhetene i noen tilfeller være utslag av at begge har vært inspirert av et tredje arbeid. Et eksempel er RG 2006 s.1302, hvor en figur av kong Olav V som ble solgt i turistbutikker ble påstått å krenke en kjent skulptur av Kongen. Retten fant her at et fotografi sannsynligvis var brukt som forbilde for skulpturen, og uttalte at dette isolert sett talte for at skulpturen hadde ”et noe smalere vern enn det ellers ville hatt”.

Det må videre bemerkes at ettergjøringer gjøres både bevisst og ubevisst. Det man i dagligtalen forbinder med begrepet *plagiat*, er at noen bevisst har ettergjort andres arbeid og fremstilt seg selv som originalrettighetshaver. Dette er imidlertid ikke den mest typiske situasjonen av ettergjøringer. Ofte har den som ettergjør et bilde sett det og latt seg inspirere av det for lang tid siden, uten senere å huske å ha sett det, slik at han oppriktig tror at han lager et nytt bilde selv. En situasjon hvor den som ettergjør befinner seg i slik faktisk villfarelse omtales gjerne som ubevisst plagiat, men mer betegnende ville det kanskje være å bruke uttrykket underbevisst plagiat.³⁶ Det kan også tenkes situasjoner hvor den som ettergjør har befunnet seg i rettsvillfarelse, for eksempel fordi han har fått feilaktig dokumentasjon for at bildets vernetid er utløpt.

³⁵ Jf. f.eks. Rognstad (2004) s. 63.

³⁶ Jf. Rognstad (2004) s. 64.

Når man har klarlagt tilgangsspørsmålet kan man begynne å vurdere om det foreligger en ulovlig utnyttelse av bildet. I praksis må det gjøres en konkret likhetsvurdering av originalbildet og det påstått krenkende eksemplar. Ved likhetsvurderingen må det fastslås hvilke elementer i bildet som er omfattet av beskyttelsen. De elementer i bildet som ikke er vernet kan fritt brukes av andre. Dette gjelder for det første selve motivet i bildet. I overensstemmelse med prinsippet om at ideer ikke har opphavsrettslig beskyttelse, har man ingen enerett til informasjonen om at noe er til eller ikke er til. Man kan derfor ikke få vern for selve informasjonsinnholdet i et fotografi.³⁷ Motivet er imidlertid beskyttet dersom det i seg selv er et opphavsrettsbeskyttet verk, f.eks. et maleri eller en skulptur. I så fall beror utnyttelse av fotografiet ikke bare på fotografens enerett, men også på eneretten til det åndsverket som er fotografert. Man må imidlertid ikke forstå prinsippet slik at motivet ikke spiller noen rolle i ettergjøringsvurderingen. Det som menes med prinsippet er at dersom bildenes konkrete form er ulik, er det ikke tilstrekkelig for krenkelse å konstatere at bildene har samme underliggende ide eller motiv.³⁸

Som nevnt innledningsvis finnes det ingen norske høyesterettsdommer som drøfter verkshøydekravet for fotografier. Men prinsippet om den manglende motivbeskyttelse er kommet til uttrykk i en dom av Oslo byrett fra 1989, Heitkøtter, hvor en tegning etter et fotografi av en reinbukk ble ansett for å være en ettergjøring. Retten fremholdt at det var fullt mulig å skille mellom fotografiets informasjonsinnhold og ”det forhold at fotografiet har fastfrosset denne informasjon slik den var sett fra fotografens synsvinkel med hans fotografiske utstyr akkurat i den brøkdelen av et sekund da bildet ble tatt”. Altså hadde ikke fotografen vern for at det fantes en reinbukk som så sånn og slik ut, men for at han hadde fotografert akkurat denne reinbukken, i akkurat denne posisjonen, på akkurat det eksakte

³⁷ Dette er et alminnelig anerkjent prinsipp i opphavsretten. Se for eksempel Wagle, Anders og Ødegaard, Magnus. Opphavsrett i en digital verden (1997) s. 336, Rosemeier (2001) s. 66 flg. og Kjørtvedgaard, Mogens. Lærebog i immaterialret (2005) s. 149 flg.

³⁸ Jf. Kjørtvedgaard (2005) s. 150.

stedet, sett fra akkurat den bestemte synsvinkelen, under akkurat disse lysforholdene, på denne tiden av året, under disse værforholdene osv. Det samme fremgår av NJA 1989 s. 315, Taube, der det uttales at dersom det gjøres endringer utover direkte kopiering eller endringer som bare er gjort for å komme utenfor eneretten, foreligger ingen ettergjøring, men kun ”ett återgivande av motivet, något som självfallet är tillåtet eftersom fotografer inte har någon ensamrätt til detta”.³⁹

2.7.2 Eksemplarframstilling

Den typiske gjengivelse av et fotografi er en uautorisert gjengivelse av bildet i sin opprinnelige form, men eksemplarbegrepet omfatter ikke bare den tro kopi. Det er en alminnelig oppfatning at dimensjonsendringer ikke bringer gjengivelsen utenfor det beskyttede område.⁴⁰ Fotokopiering av fotografier til en annen størrelse kan således anses som eksemplarframstilling. Heller ikke kan gjengivelse av bildet på andre materialer faller utenfor eneretten. En går følgelig ikke klar av eneretten ved å fremstille bildet på t-skjorter eller i bøker i stedet for på fotopapir.

Det er også sikker rett at en gjengivelse av fotografier i faksimile omfattes av eneretten. Det kan synes som om mange lever i den villfarelse at faksimiler står i en annen rettslig stilling enn andre gjengivelser, men det er like fullt fremstilt et eksemplar selv om det er gjort i faksimile. En dom av Oslo byrett 13. juni 1997, 1. bud, er et illustrerende eksempel. Saksøkte hadde, uten å innhente samtykke eller å betale vederlag, gjengitt en avisside med en helsides annonse som inneholdt et fotografi. Fotografens navn fremgikk heller ikke av fremstillingen. Saksøkte hadde gjengitt avissiden i den tro at gjengivelse ved faksimile var tillatt. Retten fastslo at saksøkte uaktsomt hadde overtrådt åvl. § 54 jf. § 2 eller § 43a. Det ble ikke tatt stilling til om fotografiet skulle subsumeres under § 1 eller § 43a, fordi

³⁹ Gjengitt i NIR 1990 s. 306.

⁴⁰ Jf. Koktvedgaard (2005) s. 153.

subsumsjonen ikke ville ha betydning for erstatningsutmålingen. I en senere dom av Oslo byrett 27. mars 2001, Geelmuyden Kiese, ble et PR-selskap ansett for å ha krenket en fotografs enerett ved gjengivelse av et fotografi i faksimile. Her påberopte imidlertid selskapet seg åvl. § 23 og ytringsfrihetsprinsippet. Retten fant at selskapet grovt uaktsomt hadde fremstilt eksemplar av bildet og tilgjengeliggjort det for allmennheten, samt krenket fotografens rett til navneangivelse jf. § 3. Retten fastslo at ytringsfriheten ikke som alminnelig prinsipp skal gå foran opphavsretten, og heller ikke kunne lånereglene i åvl. § 23 anvendes på forholdet. Det ble heller ikke her tatt stilling til om fotografiet skulle subsummeres under § 1 eller § 43a, under henvisning til forarbeidenes uttalelser om at behovet for sontring mellom verk og bilder først ville oppstå etter utløpet av vernetiden, jf. Ot.prp. Nr. 54 (1994-1995) s. 8.

2.7.2.1 Ikke-fotografisk gjengivelse

Åndsverkloven § 43a gir ingen anvisning på hvor grensen for hva som er eksemplarframstilling skal trekkes, men litt veiledning kan vi hente i bestemmelsens ordlyd. Rettighetshaveren til et fotografisk bilde har enerett til å fremstille eksemplar ”enten det skjer ved fotografering, trykk, tegning eller på annen måte”. To slutninger kan trekkes fra bestemmelsens ordlyd. For det første kan man fastslå at vernet ikke er et rent kopieringsvern, men også et vern mot etterligninger som ikke er helt identiske med originalen. Dette er også forutsatt i forarbeidene, jf. NOU 1987:16 s. 12, der det uttales at fotografen er beskyttet mot gjengivelser som til en viss grad avviker fra originalen. For det annet kan man fastslå at måten kopier eller etterligninger fremstilles på i utgangspunktet er irrelevant. Den typiske eksemplarframstilling vil være at fotografiet skannes, avfotograferes eller fotokopieres og deretter fremstilles digitalt eller på papir. Men andre metoder som avtegning og maling kan også brukes. Det sentrale vurderingstemaet er hvor mye det fremstilte eksemplar ligner på originalen, uavhengig av hvilke metoder som er benyttet ved fremstillingen. Er det en

ettergjøring, vil det være en ettergjøring uansett hvilken fremstillingsmetode som ble brukt. Begrepet ”på annen måte” vil også fange opp nye metoder for reproduksjon som ikke er kjente for oss i dag.

Hvor det er benyttet andre metoder ved ettergjøring enn fotografisk teknikk, reises spørsmålet om hvor store endringer man kan godta og likevel hevde at det er fremstilt et eksemplar av bildet. Man kan nok hevde at når man tegner av et fotografi er man allerede i ytterkanten av begrepet, fordi de fleste tegninger vil skille seg ganske godt fra et fotografi, men små avvik mellom originalbildet og den nye fremstillingen kan ikke være til hinder for å gjøre eneretten gjeldende. Men det må antas at vernet mot ettergjøring i annen kunstform ikke rekker spesielt langt, og at det må stilles strengere krav til likheten dersom det er benyttet annen teknikk enn den fotografiske.⁴¹ Noen kunstformer ligger så langt fra hverandre at det neppe noensinne vil kunne krenkes med den kunstarten.⁴² Dette vil også drøftes i kapittel 3.5.4.

Det er sparsomt med rettspraksis rundt ettergjøring av fotografier, men det har forekommet noen tvister hvor et fotografisk bilde har vært gjenstand for etterligning på annen måte enn ved fotografisk teknikk. I den tidligere nevnte Heitkøtter-saken ble et fotografisk bilde ansett ettergjort av en tegning.⁴³ Saken gjaldt et fotografi av en reinbukk som var gjengitt ved en tegning på en porselensplatte. Det var imidlertid kun deler av bildet som var brukt som tegneunderlag. Den eneste forskjellen mellom fotografiet og tegningen var at reinbukken var snudd slik at den ble sett fra en noe annen vinkel, samt at bukken hadde en litt annen fargetone. Spørsmålene som ble reist var, for det første om fotografiet og tegningen var så like at tegningen var et eksemplar av fotografiet, og for det andre om tegningen falt utenfor eneretten fordi fotografiloven ikke ga beskyttelse for bildets enkelte deler.

⁴¹ Se f.eks. Galtung (1991) s. 27, der det uttales at ”Uansett må en her kunne si at for at en tegning eller et maleri skal kunne være en eksemplarframstilling må likheten være mer enn slående.”

⁴² Jf. f.eks. Koktvedgaard (2005) s. 152.

⁴³ Gjengitt i NIR 1989, s. 381.

Det ble som nevnt fastslått at fotografen ikke har noen rettigheter til bildets informasjonsinnhold, og at fotografilovens vern var mye snevrere enn åndsverklovens beskyttelse av åndsverk. Retten uttalte at forarbeidene syntes å forutsette et noe videre vern enn svensk og dansk rett.⁴⁴ Det ble lagt til grunn at vernet strekker seg lenger enn til den rene kopiering, og at dette først og fremst må ”innebære en beskyttelse av den spesielt fotografiske fastholdelse av situasjonen”. Avtegningen måtte følgelig ikke være helt identisk med fotografiet for å anses som en krenkelse. Videre la retten til grunn at eneretten også omfattet de enkelte deler av bildet. Dette fordi en mulighet for å klippe seg til fri bruk ville undergrave fotografens enerett. Retten la en konkret vurdering til grunn for ettergjøringsvurderingen, og la hovedvekten på at fotografiet og platten ”ved et umiddelbart visuelt uttrykk fremtrer som helt identiske bortsett fra at fargetonene i reinbukkens pels er noe forskjellig”. I tillegg var det av avgjørende betydning at tegneren utelukkende hadde brukt fotografiet som kilde for sin tegning.

I NJA 1989 s. 315, Taube,⁴⁵ har man som nevnt kommet til andre resultater. Saken gjaldt to fotografiske portretter av visesangeren Evert Taube, som senere ble hevdet å være ettergjort ved tegning. Det ene bildet forestilte artisten under en konsert, mens det andre forestilte en eldre Taube på sykehuset. De to underrettene kom til at tegningene var eksemplarer av bildene, mens Högsta domstolen kom til motsatt resultat. Tegneren erkjente å ha brukt sistnevnte fotografi ”som förebild for sin teckning”, og retten fant at dette også måtte være tilfelle vedrørende den første tegningen.

Det ble foretatt en konkret vurdering der det ble lagt vekt på at det, på tross av betydelige likheter, var forskjeller i fotografiene og tegningene som bidro til at tegningene ikke ga et ”fotografisk inntrykk”, og det ble antatt at tegningene var nye

⁴⁴ Dette er interessant når man tar i betraktning at Högsta domstolen kom til motsatt resultat i Taube-dommen samme år. Se nedenfor.

⁴⁵ Gjengitt i NIR 1990 s. 306.

og selvstendige verk. Retten la særlig vekt på forskjellene i skyggespill og kontraster. Det var av avgjørende betydning at tegningene ikke gjenskapte den samme valørfremstillingen som fotografiene. Særlig gjaldt dette fordi ”ljusskildringen, gråskalan och spelet mellan svart och vitt” var meget typisk for svart-hvitt-bilder. I tillegg bidro små forskjeller i ansiktets konturer til å skape et annet inntrykk. Når det gjaldt bildet fra konserten var det også avgjørende forskjeller ved gjengivelsen av ”lutan, strängarna, handen och mikrofonen”. Samlet sett savnet tegningene de ”särskilda fotografiska egenskaperna” fra fotografiene, og kunne således ikke være eksemplarer av bildene. Retten presiserte at fotografiloven ga ”ett betydligt sämre skydd mot efterbildning än upphovsrättsllagen ger upphovsmannen.” Videre ble det fastslått at fotografen etter fotografiloven ikke hadde noe vern mot eksemplarframstilling i ”ändrat eller bearbetat skick”. Omfattet av eksemplarbegrepet var kun den tro kopi og endringer hvis eneste hensikt var å ”beslöja ett sådant direkt kopierande”. Men kopien trengte ikke være helt identisk, idet loven åpnet for eksemplarframstilling også med annen teknikk. Imidlertid kunne det bare være svært små forskjeller mellom kopien og originalen. En tegner som benyttet et fotografi som bakgrunnsmateriale trengte dermed ikke fremstille et nytt selvstendig verk for å gå klar av eneretten til eksemplarframstilling.

Finsk rett har lagt seg på samme linje. En dom fra 1979, Barnebilde, gjaldt et maleri av noen gatebarn som åpenbart hadde blitt laget med forelegg i et fotografi.⁴⁶ Også her kom retten til at selv om maleriet ikke kunne blitt til uavhengig av fotografiet, kunne det ikke anses som et eksemplar på grunn av de ulikhetene som fantes mellom maleriet og fotografiet. Blant annet hadde ikke maleriet samme detaljrikdom som fotografiet.

Det har i juridisk litteratur blitt stilt spørsmål om Oslo byrett ikke strakk vernet litt vel langt, særlig sett i forhold til øvrig nordisk praksis.⁴⁷ I følge Koktvedgaard skal

⁴⁶ Gjengitt i ND 1980 s. 330.

⁴⁷ Se f.eks. Jordahl, Theo. Fotorett i mediene (1996) s. 129 og Galtung (1991) s. 27.

også beskyttelsen mot avtegning av fotografier være relativt snever.⁴⁸ På den annen side har mange også funnet Högsta Domstolens avgjørelse i Taube-dommen vel streng.⁴⁹ Uansett må en huske på at sakene ble avsagt før fotografibeskyttelsen ble inntatt i åndsverkloven. Fotografier som dette ville i dag sannsynligvis blitt henført til kategorien fotografiske verk, og dermed også få et sterkere vern mot ettergjøring.

2.7.2.2 Etterligning

Eksemplarframstilling vil gjerne foretas ved fotografisk teknikk, men dette betyr som sagt ikke at rettighetshaveren til et fotografisk bilde kan motsette seg at andre går ut og tar bilde av det samme motivet. Heller ikke kan han motsette seg at andre gjør dette ved bruk av nøyaktig samme fotografiske utstyr, under de samme lysforholdene mv., da eksemplarbegrepet i utgangspunktet kun omfatter den direkte kopiering og avfotografering av bildet. Utgangspunktet er altså at et fotografi ikke kan krenkes ved at noen forsøker å etterligne det ved å ta et helt identisk bilde med sitt kamera.

Det kan likevel spørres om det, på tross av den manglende motivbeskyttelse, finnes en grense for hvor nær andre kan legge seg ved å fotograferer det samme motivet på samme måte. Eksemplarframstillingsbegrepet sikter til avfotografering av selve bildet eller kopiering av det på annen måte. Dersom noen forsøker å ta et helt identisk bilde, vil det derfor ikke være fremstilt et eksemplar av bildet, men et nytt fotografisk bilde har blitt laget. Utgangspunktet for åndsverk er at opphavsretten er knyttet til de elementer i bildet som bærer preg av individuell, skapende innsats. Siden fotografiske bilder ikke bærer preg av noe slikt skapende element, og det er full adgang til å gjengi det samme motivet, vil fotografiske bilder følgelig inneholde

⁴⁸ Jf. Koktvedgaard (2005) s. 154.

⁴⁹ Se f.eks. Godenhielm. Synspunkter på fotografirätten. I NIR 1990.

flere ”frie” elementer enn fotografiske verk. Således kan et fotografisk bilde aldri krenkes ved fotografisk etterligning.⁵⁰

2.7.2.3 Delbeskyttelse

Videre kan det spørres om et fotografisk bilde kan krenkes når kun deler av det gjengis. Det rettslige problem blir dermed å avgjøre om beskyttelsen av et fotografisk bilde omfatter bildet ned i dets detaljer eller om det er selve gjenkjenneligheten som er vernet. Spørsmålet er vanskelig å besvare, og noe entydig svar kan heller ikke hentes fra rettspraksis.

Når retten i Heitkøtter-saken mente beskyttelsen også måtte omfatte bildets enkelte deler, var det først og fremst rimelighetsbetraktninger som ble vektlagt. Det ville, etter rettens oppfatning, være for galt om man kunne komme utenfor eneretten ved å beskjære bildet. Også i Taube-saken ble det uttalt at eneretten også måtte omfatte endringer som bare var gjort for å komme utenfor eneretten. Men en kan ikke på basis av disse betraktningene legge til grunn at et fotografisk bilde kan krenkes ved gjengivelse av enkeltdeler. Mye taler for at enkeltdelene faller utenfor, slik at vernet kun omfatter bildet som helhet. For eksempel taler oppdragsbeskrivelsen til de oppnevnte sakkyndige i Taube-dommen, for at det er gjenkjenneligheten som er vernet. Ved likhetsvurderingen av fotografiet og avtegningen skulle de sakkyndige betrakte hvert bilde med mysende øyne i ett sekund. Ved en slik fremgangsmåte er det først og fremst et helhetsinntrykk av bildene man sitter igjen med. Det vil være vanskelig å få øye på alle detaljene og eventuelle forskjeller i dem ved å betrakte bildene så fort. Når retten likevel vektla detaljene i avgjørende grad må det være fordi saken dreide seg om en avtegning av et fotografi. Når gjengivelsen er gjort med annen teknikk må det gjelde strengere likhetskrav.⁵¹

⁵⁰ Se også drøftelsen i kapittel 3.5.1.

⁵¹ Se kapittel 2.7.2.1

Avgjørende må uansett være at fotografiske bilder oppnår beskyttelse i egenskap av å være fotografier, og ikke på grunn av den innsats som ligger bak frembringelsen. Når vilkåret for krenkelse av et fotografisk verk er at den delen som er brukt i seg selv må tilfredsstille verkshøydekravet,⁵² og det som skiller et fotografisk bilde fra et fotografisk verk er at bildet ikke tilfredsstiller dette kravet, ligger det i sakens natur at det fotografiske bilde ikke kan krenkes når det kun er en del av det som gjengis. Rettighetshaveren til et fotografisk bilde kan således bare motsette seg at andre gjengir hans bilde i sin helhet.

Rettspraksis har hittil ikke hatt anledning til å avgjøre hvorvidt bruk av en del av et fotografisk bilde kan krenkes når den er klippet ut av bildet og direkte gjengitt slik den er. Selv om utgangspunktet er at bildets deler ikke er beskyttet i seg selv, kan en spørre om det likevel ikke finnes en viss beskyttelse mot bruk av deler når ved direkte gjengivelse. Dette ville i så fall harmonert med rettens rimelighetsbetraktninger i Heitkøtter-saken. I slike tilfeller vil det være avgjørende hvor stor delen som er brukt er, hvor sentralt den var plassert i bildet og i hvilken sammenheng den fremkommer i den nye fremstillingen. Et eventuelt vern må i så fall være meget begrenset. Som nevnt av Koktvedgaard vil det nok, ved vurderingen av etterligninger, også legges større vekt på gjenkjennelseselementet.⁵³

⁵² Se kapittel 3.5.3.1.

⁵³ Jf. Koktvedgaard (2005) s. 152.

2.7.3 Tilgjengeliggjøring for allmennheten

I henhold til åndsverkloven § 43a har rettighetshaveren til et fotografisk bilde, i tillegg til eneretten til å fremstille eksemplarer, også enerett til å ”gjøre det tilgjengelig for allmennheten”. Ordet ”det” peker her tilbake på de fremstilte eksemplarer av bildet. Tilgjengeliggjøringsretten omfatter således de rene eksemplarer av bildet, slik som beskrevet i kapittel 2.7.2. Det rettslige problem blir dermed om tilgjengeliggjøringsretten omfatter noe mer enn slike eksemplarer. For fotografiske verk er det presisert at tilgjengeliggjøringsretten også omfatter verket i ”endret skikkelse” eller i ”bearbeidelse”, jf. § 2 (1). Spørsmålet blir derfor om tilgjengeliggjøringsretten er like vidtrekkende etter § 43a.

Svaret må bli at det bare er de endringer som er omfattet av eksemplarbegrepet, jf. kapittel 2.7.2, som omfattes av eneretten til tilgjengeliggjøring etter § 43a. Ordene ”endret skikkelse” og ”bearbeidelse” er ikke uttrykkelig nevnt i § 43a slik de er i § 2, og må heller ikke innfortolkes i bestemmelsen. Selv om eksemplarer ikke behøver å være helt identiske med originalbildet, omfatter ikke begrepet større endringer. Grensen mot endringer som medfører at man kommer utenfor eksemplarbegrepet vil drøftes i kapittel 3.5.2. I tillegg kommer at § 43a heller ikke inneholder noen henvisning til § 4 (2), som fastsetter avhengig opphavsrett for fotografen og bearbeideren. Den manglende henvisningen må være ensbetydende med manglende vern mot bearbeidelser.

Her foreligger en vesentlig forskjell mellom de to fotografibestemmelsene i åndsverkloven. Fotografiske bilder kan, i motsetning til de fotografiske verk, fritt tilgjengeliggjøres for allmennheten i endret skikkelse eller i bearbeidelse.

2.7.4 Nye og selvstendige verk

Det er heller ikke gjort noen henvisning fra § 43a til § 4 (1), som fastslår at ”opphavsmannen” ikke kan sette seg i mot at andre benytter hans ”åndsverk” slik at nye og selvstendige verk oppstår. En direkte slutning fra ordlyden vil i utgangspunktet si at fotografiske bilder ikke kan brukes som grunnlag for nye og selvstendige verk, hvilket ville innebære at fotografiske bilder nøt et sterkere vern enn fotografiske verk. En slik slutning strider mot formålet med det tosporede systemet for fotografier, som nettopp er å gi et sterkere vern til de fotografier som når opp i verkshøydevurderingen. Et alminnelig anerkjent prinsipp er at opphavsretten ikke skal sperre for genuin nyskapning. Det er bemerkelsesverdig at henvisningen til § 4 ikke er tatt med i § 43a når lovgivers mening har vært å samkjøre reglene for verk og bilder. Forholdet er ikke kommentert i forarbeidene. Således må den manglende henvisningen i § 43a anses som en inkurie fra lovgivers side. En må derfor trekke den slutning at siden man kan gjøre det mer – å skape nye og selvstendige verk på basis av fotografiske verk, må man også kunne gjøre det mindre – nemlig å skape nye og selvstendige verk også med grunnlag i et fotografisk bilde. Det avgjørende vil uansett være om det nye verket oppfyller kravene som oppstilles i § 1.⁵⁴

Opphavsretten til det nye og selvstendige verket er ikke avhengig av opphavsretten til originalverket. Det blir en konkret vurdering om en bearbeidelse er å betrakte som et nytt og selvstendig verk eller om det bare er en bearbeidelse. Fordi fotografiske bilder bare er vernet mot eksemplarframstillinger og tilgjengeliggjøring av disse, er det imidlertid ikke av betydning å trekke grensen mellom bearbeidelser og nye og selvstendige verk. Avgjørende ved spørsmål om krenkelse av eneretten til et fotografisk bilde, er grensen mellom eksemplarframstillinger og endringer som bidrar til å bringe gjengivelsen utenfor eksemplarbegrepet.

⁵⁴ Se nedenfor i kapittel 3.4.

3 Fotografiske verk

3.1 Innledning

I tillegg til å oppfylle de kravene som er nevnt ovenfor i kapittel 2.2 om fotografiske bilder, må et fotografi for å oppnå vern etter åndsverksloven § 1, tilfredsstille det som kalles kravet til verkshøyde.⁵⁵ Det er følgelig ikke tilstrekkelig å fastslå at bildet har blitt til ved hjelp av fotografisk teknikk. Avgjørelsen av hvorvidt et fotografi er et åndsverk beror på om bildet, i tillegg til å gjengi hva som faktisk ble sett, er preget av fotografens individuelle, skapende åndsinnsett. Alle fotografiske verk er også fotografiske bilder. Opphavsmannen til et fotografisk verk kan følgelig både gjøre gjeldende de rettigheter som følger av § 43a og de som følger av § 2. Dette fremgår også uttrykkelig av § 43a (4).

3.2 Enerettens innhold, avgrensninger og varighet

Opphavsmannen til et fotografisk verk har de samme beføyelser, dog med ulik rekkevidde, som rettighetshaveren til et fotografisk bilde har etter åvl. § 43a. Det vises derfor til det som er sagt om enerettens innhold i kapittel 2.3.

Enerettens innhold reguleres for fotografiske verk av åndsverkloven § 2 og § 3. I tillegg gjelder, for de fotografier som kan henføres til kategorien kunstverk, særregler om følgerett, jf. § 38c og Rådskonferansen 2001/84/EF av 27. september 2001 om følgerett for opphavsmannen til et originalkunstverk. Videre er

⁵⁵ Se kapittel 3.4.3.

navneangivelsesretten og respektretten, åvl. § 3 (1) og (2), for de fotografiske verk også gjort gjeldende etter utløpet av vernetiden jf. § 48 (1) og (2).

For så vidt angår lånereglene gjelder det som er sagt i kapittel 2.4, men i tillegg gir § 22 adgang til å sitere fra fotografiske verk ”i samsvar med god skikk og i den utstrekning formålet betinger”. Vilkårene for lovlig sitat vil imidlertid kun unntaksvis være oppfylt ovenfor billedkunst.⁵⁶ Bestemmelsen er ikke gitt tilsvarende anvendelse på fotografiske bilder, hvilket må sees i sammenheng med at sitatregelen sjelden vil være anvendelig ved fotografiske verk. I tillegg kommer at § 43a kun er en videreføring av regler i fotografiloven, som ikke inneholdt noen sitatregel.

Vernetiden for fotografiske verk følger de alminnelige regler om vernetid for åndsverk. Det vil si at eneretten gjelder i fotografens levetid og 70 år etter utløpet av hans dødsår, jf. åvl. § 40 jf. § 2. Vernetiden er altså vesentlig lenger for fotografiske verk enn for fotografiske bilder. Det vil ikke ofte være behov for å trekke grensen mellom fotografitypene, men forskjellen i vernetidens lengde er en av grunnene til at grensen mellom verk og bilder må trekkes. Sondringen blir relevant for å fastslå om vernetiden er utløpt eller om bildet fortsatt er beskyttet. Problemet oppstår først ved utløpet av vernetiden etter åvl. § 43a. Situasjonen vil nok sjelden settes på spissen fordi bildets økonomiske verdi ofte være samsvarende med vernetiden. Det er gjerne slik at interessen for bildet svekkes med tiden, og det er de færreste fotografier som er så kjente og interessante at de ønskes brukt så lang tid etter at de ble tatt. Men selvfølgelig finnes bilder som vekker stor interesse også etter vernetidens utløp. Dette dreier seg som regel om bilder som gjengir historisk viktige begivenheter eller personer.

⁵⁶ Jf. Rognstad (2004) s. 114 og 146.

3.3 Kort om vernet for utenlandske fotografiske verk i Norge

I utgangspunktet beskytter åndsverkloven kun verk som er skapt/eiet av norske opphavsmenn, eller som er utgitt første gang i Norge eller samtidig her og i et annet land, samt verk innføydd i norske bygninger eller faste anlegg, jf. lovens § 57 (1) og (2). Utenlandske verk kan gjennom forskrift gis beskyttelse i Norge, jf. § 59 (1), forutsatt det foreligger formell gjensidighet. Som påpekt av Rognstad kreves det ikke at det skal foreligge materiell likebehandling.⁵⁷ Dette medfører at norske åndsverk vil få lik beskyttelse som nasjonale verk i andre land og omvendt. I henhold til åndsverkforskriften §§ 6-1 til 6-8 vil åvl. § 2 gjelde for verk hjemmehørende i et land tilknyttet EØS-avtalen, Bernkonvensjonen, WTO, TRIPS og Verdenskonvensjonen om opphavsrett. Disse vil således ha tilsvarende vern i Norge som norske verk. Hermed får sontringen mellom fotografiske verk og fotografiske bilder betydning for fotografier som er skapt/laget utenfor EØS, ettersom det kun er de fotografiske verk som kan få vern i Norge.

⁵⁷ Jf. Rognstad (2004) s. 161.

3.4 Vilkår for opphavsrettsbeskyttelse etter åndsverkloven § 1

Det er tre vilkår for at et arbeid skal oppnå opphavsrettslig beskyttelse. Vilrårene kan utledes av åndsverkloven § 1. For det første må det være tale om en *frembringelse*. For det andre må frembringelsen være *litterær, vitenskapelig eller kunstnerisk*. For det tredje må frembringelsen oppfylle kravet til *verkshøyde*. Det siste vilkåret kan snarere utledes av forarbeider, rettspraksis og juridisk teori enn direkte av lovtekstens ordlyd, men ligger også implisitt i begrepet ”skaper”.

Når man opphavsrettslig skal fastslå om vilrårene er oppfylt er det kun en rettslig vurdering som skal legges til grunn. Det skal ikke gjøres noen vurdering av frembringelsens kunstneriske eller estetiske kvalitet. Imidlertid må den konkrete rettslige vurderingen gjøres på basis av kunst- og fotografifaglig kunnskap.

Utgangspunktet for vurderingen vil gjerne være et enkelt eksemplar av verket, men vurderingen gjelder likevel ikke de enkelte eksemplarer prestasjonen har manifestert seg i. Det er prestasjonen i seg selv, som et immaterielt gode, som har opphavsrettsbeskyttelse.⁵⁸ Det vil si at dersom fotografiet er et åndsverk, er alle eksemplarer av fotografiet beskyttet som åndsverk.

3.4.1 Litterære, vitenskapelige og kunstneriske verk

I henhold til åvl. § 1 (2) kan åndsverk være ”litterære, vitenskapelige eller kunstneriske verk”. Det kan reises tvil om enkelte frembringelser kan henføres til noen av de ovennevnte kategoriene. Problemstillingen synes umiddelbart ikke relevant for fotografier, da fotografier er en av de verkstypene som uttrykkelig er

⁵⁸ Jf. Rognstad (2004) s. 16.

nevnt som egen kategori i den ikke-uttømmende oppregningen av verkskategorier i åvl. § 1 (2). Oppregningen er inspirert av Bernkonvensjonens Paristekst artikkel 2 (1), der ordlyden er ”fotografiske verk, hvormed sidestilles verk uttrykt gjennom en fremgangsmåte som er analog med fotografi”.⁵⁹

Det naturlige vil i de fleste henseende være å anse fotografiske verk som ”kunstneriske verk”. Dette var også forutsatt i forarbeidene før det ble bestemt at fotografier skulle nevnes som egen verkskategori. Forarbeidene gir imidlertid uttrykk for at fotografier i visse tilfeller også kan regnes som litterære verk.⁶⁰ Fotografiske verk sammenlignes der med visse ”tegnede grafiske fremstillinger som kan anses som litterære verk” og det påpekes at fotografiske verk også vil kunne ”henføres til denne kategorien”. Poenget med en slik sammenligning er vel å vise at litterære verk ikke bare omfatter tekster. Problemstillingen er relevant for de fotografier som har så stor formidlingsverdi at de ikke bare brukes for å illustrere vitenskapelige fremstillinger, men faktisk er nødvendige forutsetninger for at leseren skal kunne tilegne seg kunnskapen i fremstillingene. Det vil si at fotografiene har mer eller mindre samme litterære verdi som en tekst kan ha. For eksempel kan en vanskelig tenke seg en god soppbok som ikke inneholder fotografier, eller i det minste illustrasjoner, av de forskjellige sopptypene. Her vil et bilde av soppen ledsaget av soppens navn tjene en mye større nytte enn en fremstilling uten bilder hvor soppens utseende og egenskaper beskrives med ord. Det beste vil selvfølgelig være en kombinasjon av et bilde og en nærmere redegjørelse i ord.

Det er vanskelig å si noe generelt om når et fotografi i seg selv kan karakteriseres som et litterært verk. Mer aktuelt er det at en sammenstilling av fotografier karakteriseres som et litterært verk, fordi bildene satt sammen for eksempel forteller en historie eller illustrerer en læresetning. Problemstillingen ble drøftet i

⁵⁹ Jf. Kopinor (1990) Oversettelse av Bernkonvensjonens Paristekst. Art. 2.

⁶⁰ Jf. Ot.prp. (1994–1995) s. 9.

UfR 1975 s. 30, Billedbog. Retten fant her at en billedbok helt uten tekster måtte anses som et litterært verk. Retten fant at bildene hver for seg nøy opphavsrettsbeskyttelse som kunstverk, men at billedboken som sådan skulle anses som et litterært verk, på grunn av bildenes karakter av en ”sådan sammenhengende beretning”. Det var altså billedboken som fotoroman som var vernet som et litterært verk, og dommen fastslår egentlig bare at et litterært verk ikke må inneholde tekst. Så vidt meg bekjent foreligger ingen rettspraksis hvor et enkelt fotografi i seg selv har blitt kategorisert som et litterært verk. Dette kan imidlertid ikke utelukkes når forarbeidenes uttalelser tas i betraktning.

3.4.2 Frembringelse

I henhold til åvl. § 1 får den som ”skaper” et åndsverk opphavsretten til det. I 1930-loven ble uttrykket ”frembringer” brukt i stedet. Uttrykket ble skiftet ut i 1960-loven fordi ordet ”frembringer” lett kunne lede tanken hen til at også ”produkter av rent rutinearbeid” var omfattet.⁶¹ At det må være tale om en frembringelse betyr således at det må foreligge noe som er et resultat av noe mer enn rent rutinearbeid fra opphavsmannens side.⁶² Åndsverkloven krever, for verkene, en viss grad av individualitet eller originalitet. Dette uttales gjerne som et krav til subjektiv nyskaping.⁶³ Kravet skal ikke forstås slik at man ikke kan la seg inspirere av andres verk, men at den rene reproduksjon av eldre verk ikke omfattes. Kravet innebærer ikke at verket må være originalt i en større sammenheng. Vurderingstemaet er hvorvidt verket for opphavsmannen er tilstrekkelig originalt. Det eksisterer altså ikke et objektivt nyhetskrav for åndsverk slik tilfelle er for eksempel i patent- og designretten, og det er derfor i prinsippet fullt mulig med dobbeltfrembringelser på opphavsrettens område. Det vil si at dersom to fotografer frembringer nøyaktig det samme fotografiet, kan begge fotografiene vernes som

⁶¹ Jf. Innst. O. XI (1960-1961) s. 14.

⁶² Synspunktet har bl.a. kommet til uttrykk i RG 1999 s. 330, Mocs.

⁶³ Jf. Rognstad (2004) s. 19.

åndsverk, forutsatt at kravet til subjektiv nyhet (og de andre vilkårene for opphavsrettsbeskyttelse) er oppfylt. Enkelte vil imidlertid hevde at dersom det er mulig at to personer frembringer to identiske fotografier uavhengig av hverandre, vil dobbeltfrembringelsen i seg selv tale for at bildene ikke skal ha verkshøyde.⁶⁴

Det er også sikker rett at frembringelsen må være menneskeskapt. Dette innebærer at det må være en fysisk person som har tatt bildet. Således kan ikke helautomatiske bilder tatt i en passfotoautomat eller i en fotoboks for fartsmålinger på veiene være fotografiske verk. Frembringelsen må videre ha manifestert seg som en ytre realitet. Den må ha løsrevet seg fra opphavsmannens personlighet.⁶⁵ Dette er i overensstemmelse med prinsippet om at ideer ikke har opphavsrettslig vern. En kan ikke få eneretten til ideer som ennå ikke har forlatt tankene, fordi det ikke er selve den individuelle, skapende åndsinnnsatsen som vernes, men resultatet innsatsen har manifestert seg i. Det er altså ikke tilstrekkelig at frembringelsen er resultatet av en individuell, skapende åndsinnnsats, dersom disse kvalitetene ikke også preger selve fremstillingen. Vurderingstemaet i verkshøydevurderingen er dermed ikke bare hvilken innsats fotografen har gjort, men om fotografiet bærer preg av innsatsen.

⁶⁴ Mer om dette momentet nedfor i kapittel 3.4.3.3.

⁶⁵ Jf. Knoph (1936) s. 63.

3.4.3 Verkshøydekravet

I henhold til åvl. § 43a får den som ”lager” et fotografisk bilde enerett til å fremstille eksemplar av det og til å gjøre det tilgjengelig for allmennheten. Åvl. § 1 (1) gir imidlertid opphavsretten til den som ”skaper” et åndsverk. Den ulike ordlyden i de to bestemmelsene gjenspeiler den forskjell i innsats som kreves fra fotografens side, som i norsk rett uttrykkes som kravet til *verkshøyde*. Verkshøydekravet uttales ikke presist i bestemmelsen, men begrepet ”skaper” tilsier at det er det må foreligge et minimum av skapende innsats fra opphavsmannens side for at et fotografi skal være et åndsverk.

En alminnelig definisjon av verkshøydebegrepet er at det er den individuelle, skapende åndsinnfølelsen som en frembringelse må bære preg av for at den skal kunne karakteriseres som åndsverk.⁶⁶ Definisjonen er basert på Knophs formulering om at verket ”må iallfall i noen grad være uttrykk for original og individuelt preget åndsvirksomhet fra opphavsmannens side.”⁶⁷ Formuleringen gir uttrykk for den alminnelige rettsoppfatning, og rettspraksis bygger også på tilsvarende krav.

I verkshøydekravet ligger at mens et fotografisk bilde viser hva som faktisk ble sett fra en bestemt posisjon i et gitt øyeblikk, har et fotografisk verk i tillegg andre, estetiske referanser. Det fotografiske verket gir uttrykk for noe mer enn de ytre fakta, det er fotografens tolkning av det han ser og opplever, og gir uttrykk for det han ønsker å formidle med fotografiet. Og det er de sidene ved fotografiet som reflekterer denne selvstendige skapergjerningen som gjør fotografiet til et åndsverk. Det skapende element kan komme inn både ved selve fotograferingen, altså ved

⁶⁶ Jf. f.eks. Gisle, Jon. Jusleksikon (1999) s. 321.

⁶⁷ Jf. Knoph (1936) s. 64.

selve gjengivelsen av motivet, eller det kan komme inn på et senere tidspunkt, ved at fotografen manipulerer bildet i ettertid.

Som nevnt innledningsvis var det tidligere ikke vanlig å akseptere fotografier som kunst. Man la vekt på at fotografier gjerne lages for å dokumentere hva som ble sett, og mente at det vanskelig kunne finnes noen kunstnerisk prestasjon ved dette. Men selv om bruk av fotografisk teknikk nok er den mest nøyaktige og naturtro måten å gjengi et motiv på, er det åpenbart at gjengivelse av virkeligheten ikke bestandig er det eneste formålet med å fotografere, og at et fotografi i seg selv kan ha et fullstendig kunstnerisk uttrykk.

Det er flere grunner til at det er uheldig å kun se på fotografier som dokumentasjon av hendelser. For det første gjengir fotografier ikke alltid hele virkeligheten fordi de er todimensjonale. For det andre kan de være uskarpe og ukorrekte i fargegjengivelsen. I tillegg gjengir de kun utsnitt av virkeligheten. Det kan skje noe svært viktig rett ved siden av det motivet kameralinsen fanger opp, som kunne bidratt til å forklare hva som skjedde eller forandre det inntrykket mottakeren av bildet får når han ser det. Dessuten er det ikke holdbart å si at et fotografi kun tas mekanisk, for fotografen kan treffe mange kreative valg ved fotograferingen, som kan bidra til å gi fotografiet et kunstnerisk uttrykk, uten lånte elementer fra andre kunstformer. Hvilke beslutninger fotografen kan ta i så måte, vil drøftes nærmere i kapittel 3.4.3.3. I tillegg kommer at kunstneriske fotografier ofte går langt i retning av abstraksjon, og det vil være direkte misvisende å betegne slike som gjengivelser av den synlige virkeligheten.

I det følgende vil det redegjøres for de momenter som normalt vektlegges i verkshøydevurderingen.

3.4.3.1 Kvalitetskrav

Det er et alminnelig prinsipp i norsk opphavsrett at det ikke skal stilles noen kvalitetskrav i verkshøydevurderingen. Selv et bilde tatt av en amatør kan oppnå opphavsrettsbeskyttelse, selv om ”fagfolk” ville hevde at fotografiet var dårlig eller hadde lav kunstnerisk verdi. Det er heller ikke tilstrekkelig at et fotografi er tatt av en profesjonell fotograf, og det er nok langt fra alle ”profesjonelle fotografier” som har verkshøyde. De fleste yrkesfotografer har som oppgave å formidle virkelighetens hendelser for dagspressen, og legger derfor ikke alltid noen individuell, skapende åndsinnsetning bak bildene sine.⁶⁸ I følge forarbeidene må i hvert fall hvert enkelt fotografi vurderes særskilt.⁶⁹ Rent praktisk vil det nok gjerne vektlegges om bildet er frembrakt av en profesjonell fotograf eller ikke, særlig hvis det dreier seg om en kunsthøye, men det er ingenting i veien for at en amatør kan frembringe et fotografisk verk.

I tillegg er det i EU-direktivene uttrykkelig fastslått at det ikke er adgang til å stille andre krav enn at verket skal være et resultat av ”the author’s own intellectual creation”.⁷⁰ En normal språklig forståelse av dette innebærer at det ikke er adgang til å stille krav til kvalitet. I dansk rettspraksis har det imidlertid vært en tendens til å stille kvalitetskrav ved verkshøydevurderingen. Terminologien i dansk rett har dog ikke vært helt samsvarende med den norske. Det har der vært vanlig å skille mellom verkshøydekravet, som en betegnelse på at verket skal ha en viss kvalitet, og originalitetskravet, som tilsvarer det norske verkshøydekravet; nemlig at verket må være et resultat av opphavsmannens individuelle, skapende åndsinnsetning. Det er påpekt av Kjørtvedgaard at verkshøydekravet slik det har vært lagt til grunn i dansk

⁶⁸ Mer om dette i kapittel 3.4.3.4.

⁶⁹ Jf. Ot.prp. nr. 54 (1994–94) s.12.

⁷⁰ Jf. for eksempel EDB-direktivet art. 1 (3) og Databasedirektivet art. 3 (1). Selv om direktivene ikke omhandler fotografier er dette et prinsipp som gjelder i verkshøydevurderingen generelt, og det er derfor klargjørende at prinsippet er presisert i direktivene.

rettspraksis er i strid med originalitetskravene i EU-direktivene, og at det ikke lenger er grunnlag for å operere med et slikt skille.⁷¹

Også i norsk rettspraksis finnes eksempler på at kvalitetsbetraktninger muligens har vært vektlagt. I Rt. 1962 s. 964, Wegner, uttalte retten for eksempel at sybordet var ”et høytstående eksempel på formgivning, av det beste som lages i moderne møbelkunst i dag”. Videre ble det uttalt at formgivningen var ”av så høy kvalitet” at det måtte komme inn under åndsverksloven, og at Wegner gjennom sin formgivning hadde utvist ”utpreget artistisk evne”. Det holdes imidlertid fast ved prinsippet om at det ikke skal ha noen betydning om det som er frembrakt er godt eller dårlig, og at det ”ved avgjørelsen av om det foreligger et åndsverk ikke skal skje noen vurdering av frembringelsens kunstneriske, estetiske eller litterære verdi.”⁷²

3.4.3.2 Risikoen for dobbeltfrembringelser

Som sagt skal det ikke legges noe nyhetskrav til grunn i verkshøydevurderingen. Når det blir sagt at opphavsmannen må ha frembrakt noe nytt, siktes det kun til at han ikke kan få beskyttelse for det samme verket flere ganger. Men risikoen for dobbeltfrembringelser har likevel vært ansett å ha en viss vekt i verkshøydevurderingen. Dersom det er høy risiko for at flere personer kan komme til å skape nøyaktig det samme fotografiet, taler dette i seg selv for at fotografiet ikke kan bære preg av en slik individuell, skapende åndsinnsetning som gjør det til et fotografisk verk. En må her skille mellom motivbeskyttelse og den beskyttelse man har for et åndsverk på bakgrunn av alle de elementer som er et resultat av individuell, skapende åndsinnsetning fra fotografens side. Det finnes utallige bilder av kjente eller klassiske motiver, men en dobbeltfrembringelse vil først foreligge når

⁷¹ Jf. Koktvedgaard (2005) s. 62.

⁷² Jf. Rognstad (2004) s. 29.

motivet er gjengitt helt likt; under de samme lysforholdene, ved bruk av det samme utstyret osv. Det at bildet gjengir et typisk motiv skal selvfølgelig ikke umuliggjøre verkshøyde, men det er klart at jo flere tilsvarende bilder som finnes, jo vanskeligere vil det bli for fotografen å sette sitt individuelle, skapende preg på det. I svensk juridisk teori har det vært tatt til orde for at en frembringelse bare skal ha verkshøyde hvis det er usannsynlig at noen andre kunne ha skapt et identisk verk. Synspunktet har vært vektlagt i både svensk og dansk rettspraksis.⁷³ Også i norsk rett kan risikoen for dobbeltfrembringelser gi veiledning, men skal ikke være av avgjørende betydning når det skal avgjøres om det foreligger individuell, skapende åndsinnset.

3.4.3.3 Valgfrihetssynspunktet

Ved frembringelsen av åndsverk stilles opphavsmannen overfor flere valgmuligheter med hensyn til hvordan han vil fremstille sitt verk. Hvis det bare finnes begrensede muligheter for utformingen, har opphavsmannen også begrensede muligheter for å sette sitt individuelle, skapende preg på frembringelsen. Graden av valgfrihet innenfor den aktuelle verkstypen kan derfor være et sentralt element i verkshøydevurderingen. Enkelte vil hevde at terskelen for verkshøyde skal heves hvis det foreligger få valgmuligheter. Dette vil drøftes nærmere i kapittel 3.4.3.5.

Den kreative valgfriheten er noe mindre for fotografen enn for andre billedkunstnere. Når en tegner eller maler skal påbegynne sitt arbeid, står han i utgangspunktet helt fritt med hensyn til hva han skal skape, med mindre han har fått et bestemt oppdrag som setter klare rammer for hva han skal skape. Han kan skape et verk fritt fra fantasien, og i prinsippet tegne eller male motiver som overhodet ikke eksisterer. Her er fotografen mer bundet, fordi han ikke kan avbilde ting som ikke allerede eksisterer. Selvfølgelig kan en fotograf ta abstrakte bilder og fremstille

⁷³ Se for eksempel NJA 1995 s. 256, Nummerbanken og UfR 1993 s. 17, Tippsystemer.

motiver som ikke vil være lett gjenkjennelige for andre mennesker, men han er alltid bundet av de fysiske sidene av sitt motiv.

Likevel finnes det utallige måter å prege et fotografi på slik at det får preg av å være noe mer enn en ren gjengivelse av ytre fakta. En fotograf har, i likhet med andre kunstnere, store variasjonsmuligheter med hensyn til hvordan han ønsker å gjengi sitt motiv. Det avgjørende er om opphavsmannen har utnyttet seg av de variasjonsmulighetene han hadde, slik at resultatet gir uttrykk for hans individuelle, skapende åndsinnsett. Man kan således si at originalitetskravet ”relaterast til motivet etter ei hypotetisk autentisk fremstilling i lys av resultatet.”⁷⁴ Forarbeidene gir noe veiledning, men tjener ikke som noe mer enn et utgangspunkt med hensyn til innholdet av verkshøydevurderingen, fordi det klart legges opp til en konkret skjønnsvurdering.

Det er naturlig å se på hvilke forberedelser fotografen har gjort i forkant av fotograferingen. For eksempel kan valg av teknisk utstyr være avgjørende for resultatet. Bruk av profesjonelt fotograferingsutstyr er imidlertid ikke synonymt med verkshøyde. Det er ikke tilstrekkelig for verkshøyde å konstatere at fotografiet er fototeknisk godt. Selv om et fotografi er tatt med et profesjonelt kamera som lager de best mulig tenkelige bilder, er det ingen automatikk i at det skal oppnå verkshøyde. Man kan altså oppnå verkshøyde også ved å ta bilde med et simpelt engangskamera. Likevel vil fotografen lettere kunne gi fotografiet det ønskede uttrykk ved å på forhånd ta stilling til hvilke ”ulike brennvidder, lukketider og blendarar”⁷⁵ han bør bruke, samt hvilke filter- og filmtyper som egner seg best.

En viktig del av forberedelsene vil være å ordne med riktig lyssetting, hvilket ofte er helt avgjørende for det estetiske resultatet. En kan gjerne si at lyset spiller hovedrollen ved all fotografisk teknikk, fordi bruk av lys og skygge gir fotografen

⁷⁴ Jf. Holmøyvik, Eirik. Verkshøgdevurderinga for fotografi. I Festskrift til Det juridiske fakultet ved Universitetet i Bergen i anledning 25 års jubileet (2005) s. 99.

⁷⁵ Jf. ibid s. 101.

et stort spillerom for hvordan han vil fremstille motivet. På samme måte som lerret, pensel og maling er malerens hovedverktøy, er det fotografiske utstyret og lysforholdene fotografens viktigste verktøy. Lysforholdene har avgjørende betydning for hvordan farger og kontraster kommer til uttrykk.

Ved innendørs fotografering må fotografen på forhånd ordne med lyssettingen. Han har mer eller mindre herredømme over lys- og skyggeforholdene, mens en naturfotograf har mindre rådevelde over lyset, og må vente på de riktige forholdene for at bildet skal få det ønskede uttrykk. Også værforholdene har stor betydning ved gjengivelsen av naturmotiver. Dersom det samme motivet fotograferes fra samme sted sommer og vinter, vil bildene bli svært forskjellige ene og alene på grunn av at været skifter med årstidene. Likeledes vil ett og samme motiv få et ganske ulikt uttrykk avhengig av om det er tatt tidlig eller sent på dagen.

Men det er ikke alene naturen som råder over lysforholdene ved utendørs fotografering. Det vil ikke bare ha betydning for resultatet om solen skinner på en bygning eller et fjell som fotograferes. Like viktig er hvordan fotografen slipper lyset til. Her kan fotografen vise sine tekniske ferdigheter og kreativitet, og det er gjerne her den individuelle, skapende innsats kommer til uttrykk. Valg av lukkertid, filmhastighet, optikk og bruk av filter eller kunstig lysforsterker er også helt avgjørende for resultatet.

Det finnes i tillegg relevante ikke-tekniske virkemidler som fotografen kan benytte seg av i forkant av eksponeringen. For det første har fotografen store variasjonsmuligheter med hensyn til hvordan han vil plassere gjenstander og personer i forhold til hverandre og i forhold til omgivelsene. For det andre kan han ved portrettfotografier instruere personen(e) med hensyn til poseringer og mimikk. Fotografens instruksjon kan bidra vesentlig til at bildet får det uttrykket det får, fordi de fleste, bortsett fra kanskje skuespillere og modeller som er vant til å stå foran kamera, blir usikre og gjerne litt stive foran et kamera og dermed ikke vet

hvordan de skal oppføre seg. I alle tilfelle er instruksjonen nødvendig, da det ønskede uttrykk ikke nødvendigvis er formidlet eller oppfattet av den portretterte i forkant av fotograferingen.

En fotograf kan altså arrangere motivet i forkant av eksponeringen ved organisering og plassering av gjenstander, eller ved å instruere personer til å innta bestemte posisjoner osv. Men han kan også manipulere bildet i etterkant, og det er ingenting i veien for at den individuelle, skapende åndsinnnsatsen kommer til uttrykk gjennom etterarbeid. Det kan argumenteres for at den fotografiske prosessen er over etter eksponeringen, fordi lysbølgene på dette tidspunktet allerede har innvirket på det lysfølsomme materialet, men det er klart at man ikke skal legge en så snever definisjon til grunn. Fremstilling av alle typer fotografier er avhengig av et visst etterarbeid etter at grunnlaget er lagt. Ved analog fotografering må filmen fremkalles, og ved digital fotografering må bildene legges inn i et dataprogram for å kunne fremstilles, selv om det er mulig å se bildene på kameraets display umiddelbart etter eksponeringen. Verkhshøydevurderingen tar utgangspunkt i det ferdige resultatet, og det er derfor irrelevant hvilke teknikker fotografen har benyttet seg av for å oppnå dette resultatet. Fordi det er mulig å prege fotografiet med individuell, skapende åndsinnnsats også etter eksponeringen, må etterarbeidet også tas i betraktning ved verkhshøydevurderingen. Anvendelse av avansert elektronikk som virkemiddel for å få frem en spesiell opplevelse av motivet, er også en del av fotografens egen originalitet og skaperevne, og kan bidra til å prege det endelige resultat av arbeidet med fotografiet.

Både ved digital- og analog fotografering har fotografen en rekke muligheter til å manipulere bildet i ettertid. Negative eller råfilene er kun et utgangspunkt for fotografens tolkning. Han kan velge å gjøre papirutgaven av bildet så likt originalen som mulig, eller han kan ønske å tilføre bildet et annet preg. Dersom han forsøker å gjøre bildet mest mulig likt utgangspunktet, vil det ikke foreligge noe individuelt, skapende etterarbeid fra hans side. Men hvis han for eksempel legger til eller fjerner

elementer i bildet, eller justerer farger og kontraster, kan det ligge en individuell, skapende åndsinnsett i disse handlingene. Avgjørende er om fotografen ved sin manipulasjon har bidratt til å formidle et annet uttrykk enn det som var utgangspunktet. I prinsippet er det akkurat det samme som skjer før eksponeringstidspunktet. Fotografen tolker også her motivet, det er bare på en annen måte.

Det er vanskelig å avgjøre på generelt grunnlag hva som skal til for at fotografen har tilført fotografiet noe mer enn ytre fakta ved etterarbeid. Mye taler for å ikke legge terskelen for høyt. Fotografen har ikke like mange variasjonsmuligheter etter eksponeringen, og man kan derfor ikke forvente noen radikal forskjell fra utgangspunktet. Det avgjørende blir om fotografens innsats i forkant av – og/eller etter eksponeringen har gjort at motivet har fått en spesiell karakter som det ikke ellers ville hatt. Man må altså se på resultatet i forhold til utgangspunktet. Kanskje kan en si at kravet er oppfylt hvis ”motivet blir vist som ei forlenging av fotografen sin indre fantasi og visjon”.⁷⁶

3.4.3.4 Formålsbetraktninger

Problemer vil kunne oppstå ved verkshøydevurderingen av fotografier med dokumentariske formål og typiske pressefotografier, fordi slike bilder tar sikte på å gjengi hva som ble sett i et gitt øyeblikk. Det dokumentariske formålet med slike bilder vil ofte lede til slutninger om at bildene ikke kan ha verkshøyde. Men verkshøydevurderingen skal i prinsippet gjøres uavhengig av hvilken fotografiske sjanger bildet tilhører. Som nevnt vil det være mest naturlig å klassifisere fotografier som kunstneriske verk, men dette betyr ikke at et annet formål enn å skape kunst diskvalifiserer fotografiet fra å kunne anses som et kunstnerisk verk. Det er ikke avgjørende for verkshøydevurderingen hva som er hovedformålet med

⁷⁶ Jf. Holmøyvik (2005) s. 102.

arbeidet. Fotografier som i utgangspunktet pretenderer å vise virkeligheten på en sannferdig og objektiv måte faller derfor ikke nødvendigvis utenfor. Motsatt er et formål om å skape et estetisk og kunstnerisk vellykket verk, ikke ensbetydende med at verkshøydekravet er oppfylt.

For pressefotografier er det etiske retningslinjer som forbyr manipulasjon slik at bildet viser noe annet, eller noe mer eller mindre, enn det som faktisk var tilfelle på eksponeringstidspunktet. Men pressefotografen har likevel, på tross av disse begrensningene, mulighet til å treffe beslutninger som kan gi fotografiet preg av individuell, skapende åndsinnsett. Et fotografi viser alltid en utvalgt del av virkeligheten. Det vil alltid være en mulighet for at det skjedde noe ved siden av utsnittet som, hvis det hadde kommet med, kunne bidratt til å forandre meningsinnholdet i bildet. Valg av utsnitt kan likevel ikke anses som manipulering av virkeligheten, da fotografisk teknikk fungerer slik at man alltid må velge et utsnitt.

Selv om bildet teknisk sett er en gjengivelse av en faktisk hendelse, vil det alltid være et resultat av subjektive valg fra pressefotografens side. Enten motivet er et menneske, et landskap, en gjenstand eller en situasjon, finnes flere variasjonsmuligheter for fremstillingen som ikke vil komme i konflikt med pressefotografens formidlingsrolle. Tekniske hjelpemidler som valg av eksponering, fokus, film og filter samt bruk av lys- og skyggeeffekter mv. kan bidra til å endre motivets karakter slik at verket får preg av fotografens individuelle, skapende åndsinnsett. Ved slike midler kan også en pressefotograf fremstille et bilde som er meget ulikt de bildene andre tar av det samme motivet. Ofte er det flere pressfotografer til stede som tar bilde av nøyaktig det samme motivet, men det er trolig de færreste pressefotografier som vil oppfylle verkshøydekravet. Ved å sammenligne flere fotografers prestasjoner, vil en se hvordan ulikheter kan prege bildene, og kanskje vil bare ett av mange bilder utmerke seg. Det vil her fremgå at denne fotografen, i motsetning til de andre, har gjort noe mer enn bare å trykke på

utløserknappen til rett tid, slik at verket får en kunstnerisk valør. Det kunstneriske aspektet av fotografiet, trenger ikke gå på bekostning av en autentisk og dokumentarisk fremstilling av motivet. Bildet kan gjengi situasjonen nøyaktig slik den var, men likevel ha estetiske referanser.

3.4.3.5 Er verkshøydekravet skjerpet for fotografier?

Som nevnt kan verkshøydekravet variere etter hvilket verksområde man befinner seg på. Opphavsrettsutvalgets flertall syntes å legge en særlig høy terskel til grunn for verkshøydekravet for fotografiske verk. Utvalget mente at det måtte stilles et ”spesielt krav til kreativitet og individualitet”.⁷⁷ Fotografier var kun unntaksvis ment å oppnå status som åndsverk, fordi man ikke ønsket å presse det alminnelige åndsverksbegrepet. Imidlertid var nok frykten for at åndsverksbegrepet skulle uthules og miste respekt, noe overdrevet. De færreste fotografier vil nemlig oppfylle det ”normale” kravet til verkshøyde, fordi fotografen i større grad er bundet til motivet enn en billedkunstner med et blankt lerret som kan tilføre verket sitt personlige preg fra første strøk. En fotograf må derimot ”overkomme den reint teknisk autentiske avildinga av motivet” før han kan prege fotografiet.⁷⁸ Sett i denne sammenhengen kan fotografier sammenlignes med brukskunst. For brukskunst ligger verkshøydekravet noe høyere som en konsekvens av at de kreative mulighetene er begrenset av bruksformålet med gjenstanden.⁷⁹ Med dette menes at det er færre elementer der det er sannsynlig at man kan finne den individuelle, skapende åndsinnsetningen, fordi så mange av elementene allerede er gitt. På samme måte som bruksformålet begrenser brukskunstnerens valgfrihet, er fotografens valgfrihet begrenset av den fysiske virkelighet. Fotografen må, for at bildet hans skal få verkshøyde, overkomme den rene gjengivelse av den fysiske

⁷⁷ Jf. NOU 1987:16 s. 19.

⁷⁸ Jf. Holmøyvik (2005) s. 107.

⁷⁹ Jf. Rt. 1962 s. 964, Wegner.

virkelighet. En må imidlertid anta at fotografen har ganske mange flere variasjonsmuligheter enn brukskunstneren.

Videre må utvalgets synspunkter ses i lys av at dette ble uttalt under forutsetningen om at fotografiske verk skulle omfattes av åndsverkloven, mens fotografiske bilder fortsatt skulle vernes etter fotografiloven. Når det heller ble inntatt et tosporet system i åndsverksloven ble det likevel ikke tale om noe press på åndsverksbegrepet, i hvert fall ikke i like betydelig grad. Fordi utvalget ikke uttalte seg om terskelen i forhold til den regelen vi har i dag, blir det uklart hvordan man skal tolke uttalelsene.

Det er mest nærliggende å sammenligne verkshøydekravet for fotografier med det som gjelder for annen billedkunst. Det naturlige utgangspunkt må være å relatere verkshøydekravet til formålet med åndsverklovgivningen, nemlig å verne den personlige skapende innsatsen. Har fotografen ytt en slik innsats, bør fotografiet ha verkshøyde. En kan ikke heve terskelen for fotografiers verkshøyde i forhold til den som gjelder for annen billedkunst med den begrunnelse at fotografier allerede har et godt vern etter åvl. § 43a. Heller ikke bør begrensingene som ligger i at fotografen er bundet av den fysiske virkelighet være avgjørende. Samlet sett tilsier dette at verkshøydekravet ikke bør være vesentlig høyere enn for annen billedkunst.

3.5

Rekkevidden av beskyttelsen

I henhold til åndsverkloven § 2 har den som skaper et åndsverk ”enerett til å råde over åndsverket ved å fremstille varig eller midlertidig eksemplar av det” og ved å gjøre det tilgjengelig for allmennheten ”i opprinnelig eller endret skikkelse, i oversettelse eller bearbeidelse, i annen litteratur eller kunstart eller i annen teknikk”. Da alle fotografiske verk også er fotografiske bilder, vil de utgangspunkter for ettergjøringsvurderingen som er omhandlet i kapittel 2.7 gjelde tilsvarende for fotografiske verk. I det følgende vil det redegjøres for det mervern fotografiske verk har etter åvl. § 2.

Ved vurderingen av om det foreligger en ulovlig utnyttelse av et fotografisk verk må man først fastslå hvilke elementer i det fotografiske verket som er beskyttet av opphavsmannens enerett. Det må her gjøres en konkret skjønnsvurdering, men et utgangspunkt er at opphavsretten når så langt som den individuelle, skapende innsatsen rekker. Altså er det bare de originale deler av verket som er beskyttet, og man kan fritt etterligne de deler av bildet som ikke er preget av noen åndsinnsettsats.

Det må ved ettergjøringsvurderingen fortas en konkret likhetsbedømmelse av originalverket og den påstått krenkende fremstillingen. Et utgangspunkt er at eneretten krenkes ved gjengivelse av verket i dets opprinnelige skikkelse, samt alle former for endrede utgaver av verket så lenge det er det samme verket som kommer til uttrykk ved utformingene.⁸⁰ Med andre ord omfatter eneretten alle fremstillinger hvor ”de individuelle trekk beskyttelsen er knyttet til, går igjen på en slik måte at verket kan sies å bevare sin identitet.”⁸¹ Dette vil i praksis alltid bero på en konkret skjønnsvurdering hvor det avgjørende er om man har oppfattet de to bildene ”som så likeartede, at de med føje kan siges at hidføre samme æstetiske opplevelse – at de

⁸⁰ Jf. Schönning (2003) s. 145.

⁸¹ Jf. Rognstad (2004) s. 68.

er samme ”værk” – ganske uanset de eventuelle forskælle.”⁸² Derfor må enerettens grense trekkes mot frembringelse av nye og selvstendige verk, hvor resultatet har blitt så forskjellig fra utgangspunktet at den opprinnelige opphavsmannens innsats ikke lenger preger bildet.

3.5.1 Eksemplarframstilling

I henhold til åvl. § 2 har opphavsmannen til et fotografisk verk enerett til å framstille eksemplarer av verket, slik som rettighetshaveren til et fotografisk bilde har etter § 43a. Det som er sagt om eksemplarframstilling i kapittel 2.7.2 gjelder derfor tilsvarende for fotografiske verk. Siden begge bestemmelsene gir vern mot eksemplarframstilling blir spørsmålet om eksemplarbegrepet i § 2 strekker seg lenger, eller tillater større forskjeller mellom originaleksemplaret og etterligningen enn eksemplarbegrepet etter § 43a.

Den manglende motivbeskyttelse gjelder som sagt også for fotografiske verk, slik at opphavsmannen i utgangspunktet ikke har noen beskyttelse mot at andre går ut og tar bilder av det samme. Men dersom man forsøker å etterligne verket, og resultatet blir et helt identisk bilde, vil man også tilegne seg noe av opphavsmannens individuelle, skapende åndsinnsats. Således kan etterligning innebære en krenkelse av eneretten for så vidt det skapende elementet i bildet er gjengitt. Med andre ord kan en si at dersom det lages et helt likt bilde - det vil si et bilde inneholder alle de samme elementene som originalverket inneholder - har man ikke tilført det sin egen individuelle, skapende åndsinnsats, hvilket er en betingelse for å komme utenfor opphavsmannens enerett.

For øvrig skal det nok en del til før en kan si at opphavsmannens rettigheter til verket er krenket. Også her må vurderingen gjøres helt konkret. Fordi det ikke er

⁸² Jf. Koktvedgaard (2005) s. 129.

noe slikt skapende element i fotografiske bilder og det er full adgang til å gjengi det samme motivet, kan et fotografisk bilde aldri krenkes ved slik etterligning. Således er vernet for fotografiske verk i dette henseende mer vidtrekkende enn vernet for fotografiske bilder.

3.5.1.1 Beskyttelse av verksdeler

Et spørsmål som ofte stilles er hvor mye man må ha tilegnet seg av et verk for at det skal foreligge en krenkelse av opphavsretten. Etter norsk rett er svaret ganske entydig og prinsipielt. Det som er beskyttet i verket er det som er preget av opphavsmannens individuelle, skapende åndsinnsett. Således må det man har tatt eller etterlignet være av et slikt omfang at det i seg selv tilfredsstiller kravet til verkshøyde. Her må det gjøres en konkret vurdering, lik verkshøydevurderingen for hele verket. Prinsippet er blant annet fastslått i den svenske høyesterettsdommen *Nummerbanken*.⁸³

Her foreligger således også en forskjell mellom vernet etter § 43a og etter § 2. Siden vilkåret for vern av verksdeler er at delen i seg selv oppfyller verkshøydekravet, kan kravet aldri oppfylles for et fotografisk bilde, og deler av et fotografisk bilde vil dermed fritt kunne gjengis.⁸⁴

⁸³ Gjengitt i NIR 1995 s. 341.

⁸⁴ Se dog drøftelsen i kapittel 2.7.2.3.

3.5.2 Tilgjengeliggjøring for allmennheten i opprinnelig eller endret skikkelse

Opphavsmannens enerett til tilgjengeliggjøring for allmennheten etter § 2 omfatter verket i ”opprinnelig eller endret skikkelse, i oversettelse eller bearbeidelse, i annen litteratur- eller kunstart eller i annen teknikk.” Ved tilgjengeliggjøring av verket i ”opprinnelig skikkelse” siktes det til tilgjengeliggjøring av de rene eksemplarer – slike som også er vernet etter § 43a. Eneretten til tilgjengeliggjøring av verket i ”endret skikkelse” omfatter sjiktet mellom eksemplarframstilling og bearbeidelse av et fotografisk verk. Med ”endret skikkelse” menes at verket er endret såpass mye at framstillingen ikke kan anses som et eksemplar av verket, men likevel ikke har preg av individuell, skapende innsats, slik at det ikke foreligger en bearbeidelse. Tilgjengeliggjøringsretten er som tidligere nevnt begrenset til å gjelde utenfor det private område. Det vil si at hvem som helst kan foreta en endring av et offentliggjort fotografisk verk uten opphavsmannens samtykke, så lenge endringen ikke spres, vises eller fremføres utenfor det private område, jf. åvl. § 2 (3).

Grensen mellom eksemplarframstilling og endring er ikke klar, og må trekkes på bakgrunn av et konkret, sakkyndig skjønn i hvert tilfelle. Som nevnt i kapittel 2.7.2.1 omfatter eksemplarframstillingsbegrepet også gjengivelser som ikke er helt identiske. Men dette innebærer kun at det kan brukes annen teknikk og at bildet kan gjengis på annet materiale og i annen størrelse mv. Eneretten til eksemplarframstilling kan således bare krenkes hvis verket gjengis i sin opprinnelige form. Alle større endringer bidrar derfor til at man kommer utenfor eksemplarbegrepet.

Det finnes mange muligheter for å endre fotografier, og nye elektroniske endringsmetoder har de senere år gitt flere muligheter for endring av fotografiers fremtreden og innhold. Typiske endringer som kan gjøres i et fotografi er å forandre

på lys- og skyggevirksomheter, farger, konturer og kontraster. I reklameindustrien er det for eksempel vanlig å benytte fotoredigeringsprogrammer for å legge til høylys og glans, gjøre lepper fyldigere og tenner hvitere og for å fjerne rynker og hår på uønskede steder. Det finnes omtrent ingen grenser for hva man kan endre på med nyere fotomanipulasjonsprogrammer, og dersom det gjøres flere slike endringer kan det ferdige fotografiet fremstå fullstendig annerledes fra utgangspunktet. Men formålet med fotomanipulasjon er ikke alltid å forskjønne gjengivelsen av virkeligheten. Manipulasjon foretas ofte kun for bedre å kommunisere bildets budskap ved at det ryddes opp i uklare eller rotete motiver. For øvrig kan manipulasjon gjøres som ledd i historieforfalskning, og ikke minst endres fotografier ofte av parodiske eller humoristiske formål.

Hvor det er foretatt en endring som har brakt gjengivelsen utenfor eksemplarbegrepet, må det avgjøres om endringen bare er en endring eller om den er en bearbeidelse. Selv om eneretten til fotografiske verk omfatter begge deler må det skilles mellom disse, fordi den som foretar en endring ikke får noen rett til verket i endret skikkelse, mens den som bearbeider får opphavsrett til bearbeidelsen. Avgjørende for grensedragningen er om endringsinnsatsen har individuell, skapende karakter. Grensedragningen vil drøftes i det følgende.

3.5.3 Tilgjengeliggjøring for allmennheten i bearbeidelse

For fotografiske verk gis det også vern mot tilgjengeliggjøring for allmennheten ”i bearbeidelse”, jf. åvl. § 2 (2). Også her gjelder at hvem som helst kan foreta en bearbeidelse av et offentliggjort fotografisk verk uten opphavsmannens samtykke, med mindre bearbeidelsen spres, vises eller fremføres utenfor det private område, jf. åvl. § 2 (3). I henhold til § 2 jf. § 4 har den som bearbeider bildet opphavsrett til bearbeidelsen (§4), men kan likevel ikke råde over det på en måte som gjør inngrep i opphavsretten til originalverket.

Når et verk bearbeides skaper bearbeideren en ny versjon av det allerede eksisterende verket, som fremtrer som resultat av både originalopphavsmannens og bearbeiderens individuelle, skapende åndsinnssats. Fordi denne versjonen skapes avhengig av originalverket, får bearbeideren bare enerett til den bearbeidede versjonen. Derfor kreves samtykke både fra bearbeideren og fra den opprinnelige opphavsmannen dersom en tredjepart ønsker å utnytte det bearbeidede verket, jf. åvl. § 4 (2). De fotografiske verk er beskyttet mot alle endringer som gjengir den individuelle, skapende åndsinnssats. Når bearbeidelser omfattes av eneretten selv om de har preg av individuell, skapende åndsinnssats i seg selv, er det fordi den opprinnelige opphavsmannens preg på bildet ikke er forlatt.

Når det gjelder skillet mellom endring og bearbeidelse, er det som sagt avgjørende om endringsinnssatsen har verkshøyde. Det vil være avgjørende hva som er endret og hvordan, men generelt kan fastslås at det må være gjort endringer av relativt inngripende karakter. Som påpekt i Heitkøtter-dommen er det den ”spesielle fotografiske fastholdelsen av situasjonen” som må endres. Det samme kan sluttet fra rettens uttalelse i Taube-dommen om at tegningen ikke ga et ”fotografisk inntrykk”. Spørsmålet blir dermed hva som skal til for å gripe inn i denne særegne fastholdelsen.

Som utgangspunkt foretas ikke en bearbeidelse ved at det gjøres utsnitt i verket. For at borttagelse av elementer skal medføre at det er skapt en bearbeidelse, må det i hvert fall være snakk om helt sentrale elementer i bildet. Det er ikke tilstrekkelig å fjerne eller endre elementer i bildets ytterkant. Koktvedgaard nevner som eksempel at et bilde manipuleres som ledd i historieforfalskning, for eksempel ved at en person fjernes fra bildet. Selv om bildet da ikke gjengis i tro kopi, er det ikke bearbeidet i den forstand at det er tilført noe nytt av individuell, skapende karakter.⁸⁵ Videre kan det spørres om det at man legger til nye elementer som ikke fantes i det opprinnelige motivet medfører at verket er bearbeidet. Dersom man

⁸⁵ Jf. Koktvedgaard (2005) s. 154.

legger til enkelte elementer, men ikke fjerner noen, gjengir man fortsatt alle elementene som er vernet i verket. For at en bearbeidelse skal foreligge må det ligge en individuell, skapende innsats bak tilførselen av de nye elementene.

Dersom innsettelse eller borttagelse av elementer i bildet ikke krever særlig innsats eller kreativitet, vil det foreligge en endring uten verkshøyde. For eksempel kan en tenke seg at det, for å harselere med en kjent person, monteres inn en klovnenese i et portrett av vedkommende. Det kan riktig nok sies at vedkommende som manipulerer bildet viser en viss kreativitet, men endringsinnsatsen krever egentlig ikke annet enn litt humor og kjennskap til bildebehandlingsprogrammer. Motsatt slutning ville harmonert dårlig med prinsippet om at ideer ikke har opphavsrettslig vern. Man kan ikke få opphavsrett til ideen om å manipulere inn klovnenesen, og når den øvrige innsats som er gjort mer har karakter av tekniske ferdigheter enn av skaperevne, kan endringen ikke i seg selv ha verkshøyde.

I de trykte medier gjøres for eksempel en rekke slike endringer som ledd i politisk satire eller til fremme av politiske synspunkter. Særlig har ikonbilder blitt brukt for å fremme politiske poenger eller parodier. For eksempel har Alberto Kordas kjente bilde av Che Guevara ofte blitt gjengitt i reklamer, enten i opprinnelig eller endret form. Blant annet brukte Unge Venstre bildet i sin valgkampanje i 2005, der de byttet ut Guevaras med Lars Sponheim. Ved slik manipulasjon vil det samme prinsippet gjøre seg gjeldende. Med andre ord kan man ikke få opphavsrett til ideen om å bytte ut en persons ansikt med en annens.

Redaksjonelle og skjønnhetsmessige endringer på fotografier endrer ikke den særegne fastholdelsen. Retusjeringer og fargelegginger vil vanligvis heller ikke utgjøre noen realitetsforskjell.⁸⁶ Man skal selvsagt ikke få noen rett til en annens fotografi bare fordi man tegner litt på det. Om tegningen eller manipulasjonen i seg selv har verkshøyde beror på hvor endret bildets uttrykk har blitt, men også hvor

⁸⁶ Jf. Koktvedgaard (2005) s. 154.

omfattende endringer som er gjort i innholdet av bildet. Det er ikke tilstrekkelig å for eksempel erstatte en blå himmel med rød bakgrunnsfarge for å komme utenfor endringsbegrepet. Men det kan tenkes at en bearbeidelse foreligger når det er gjort så store endringer i farger og kontraster at bildet får et helt annet uttrykk. Her gjelder det tidligere nevnte prinsippet om at det ikke vil foreligge en ettergjøring hvis det er foretatt tilstrekkelige endringer til at fremstillingen har forlatt sin fotografiske karakter.

Som eksempel på at fotografiske verk er bearbeidet ved bruk av maling kan nevnes Andy Warhols kjente silketrykk hvor fotografier av kjente personer som Marilyn Monroe var overmalt med sterke farger. Trykkene må anses som så endrede at de ikke lenger har noen fotografisk karakter. I dag kan den samme effekten oppnås ved bruk av bildebehandlingsprogrammer. Det kan spørres om slike arbeid stiller seg i samme situasjon, da det nok kreves mindre innsats for å gjøre tilsvarende bearbeidelse digitalt.

3.5.4 Nye og selvstendige verk

Opphavsmannens enerett omfatter ikke frembringelse av nye og selvstendige verk gjennom fri benyttelse, jf. åndsverkloven § 4 (1). Dersom det er skapt et nytt og selvstendig verk er verket ikke ettergjort - det er kun tatt utgangspunkt i det ved skapelsen av noe selvstendig og nytt. Dermed er det utenfor verkets beskyttelsessfære. Hovedregelen er at opphavsmannens enerett rekker så langt som hans originale skaperinnsats når, men heller ikke lenger. Selv om det er tatt utgangspunkt i et opphavsrettsbeskyttet verk, foreligger ingen krenkelse hvis nye krefter har frembrakt noe som selvstendig er preget av individuell, skapende åndsinnsetning. Det er altså fullt lovlig å la seg inspirere av andres verk, så lenge man selvstendig skaper et nytt verk på bakgrunn av det.

Problemstillingen blir derfor å trekke grensen mellom bearbeidelser og endringer som er så omfattende at de faktisk resulterer i nye og selvstendige verk. Sentralt i vurderingen er spørsmålet om hvilke elementer i det opprinnelige verket som er vernet av opphavsrett, og hvilke elementer som er ”frie”. Det er vanskelig å trekke noe klart skille her, og siden loven gir liten veiledning, må grensen fastsettes etter et konkret, sakkyndig skjønn på bakgrunn av både juridisk og kunstnerisk innsikt.

Nye og selvstendige verk skapt med bakgrunn i fotografiske verk vil typisk oppstå når fotografier brukes i sammenstillinger og collager. Avgjørende blir hvor stor del av verket som er brukt, og om det individuelle, skapende preget originalopphavsmannen hadde gitt det fortsatt kan spores i den nye fremstillingen. Nye og selvstendige verk kan også oppstå ved omfattende manipulasjon av et verk. Avgjørende er da ikke bare hvor mye som henger igjen av originalverkets særpreg, men også om manipulasjonen har tilført noe nytt av skapende karakter.

Nye og selvstendige verk kan også oppstå når det benyttes en helt annen uttrykksform enn den billedlige. Selv om det kan foreligge en krenkelse av eneretten også når fremstillingen skjer ”på annen måte”, må fremstillingen alltid ha en viss nærhet til originalverket. Det kan tenkes uttrykksformer som blir så fjerne fra fotografier at gjenkjennelseelementet i bildet forsvinner. For eksempel vil et nytt og selvstendig verk oppstå hvis noen lar seg inspirere av et fotografisk verk og fremstiller et musikkverk på bakgrunn av det. Det samme må gjelde et teaterstykke basert på et fotografisk verk.

For øvrig kan det spørres om opphavsretten til et fotografi også vil krenkes dersom det oppstilles et tablå som er en nøyaktig gjengivelse av fotografiet. Sannsynligvis kan et fotografi bare krenkes hvis det gjengis eller etterlignes på en eller annen form for fysisk materiale. Et grensetilfelle kan oppstå dersom et slikt tablå oppstilles og deretter fotograferes. Dersom tablået er helt nøyaktig oppstilt etter verket, vil den fotografiske versjonen av tablået bli svært lik det originale bildet, slik at fotografen

sannsynligvis vil hevde at det er fremstilt et eksemplar av verket. På den annen side bør nok den som iscenesetter tablået honoreres for sin innsats, utholdenhet, kreativitet og originalitet. Det er vanskelig å avgjøre på generelt grunnlag om denne innsatsen vil være original og individuelt preget av den som oppstiller tablået, eller om den bare er en videreføring av den opprinnelige opphavsmannens innsats. I alle fall synes det naturlig at terskelen for krenkelse må ligge rimelig høyt.

4 Oppsummering og konklusjon

Både åndsverkloven § 2 og § 43a gir vern mot eksemplarframstilling og tilgjengeliggjøring av fremstilte eksemplarer for allmennheten. Vernet strekker seg lenger etter § 2 enn etter § 43a, fordi fotografiske verk til en viss grad har vern mot andres forsøk på å ta identiske bilder. Dette forutsetter at den som ettergjør har tilegnet seg fotografens individuelle, skapende åndsinnsett. Et fotografisk verk nyter også beskyttelse for de enkelte verksdeler, for så vidt den del som er gjengitt bærer preg av en slik individuell, skapende åndsinnsett at den i seg selv oppfyller verkshøydekravet.

Opphavsmannen til et fotografisk verk har i tillegg enerett til tilgjengeliggjøring av verket for allmennheten i endret skikkelse og i bearbeidelse. Den som bearbeider et fotografisk verk får imidlertid opphavsretten til verket i bearbeidet skikkelse, slik at originalopphavsmannens og bearbeiderens rettigheter blir avhengige av hverandre. Verken rettighetshavere til fotografiske bilder eller opphavsmenn til fotografiske verk kan motsette seg at andre benytter fotografiene som grunnlag for framstilling av nye og selvstendige verk.

For fotografiske bilder må grensen trekkes mellom eksemplarframstilling og tilgjengeliggjøring av bildet for allmennheten i endret skikkelse, mens for fotografiske verk vil grensen mellom bearbeidelser og nye og selvstendige verk være avgjørende. Fordi rekkevidden av ettergjøringsvernet er betydelig mer vidtrekkende for de fotografiske verk enn for de fotografiske bilder, er det nødvendig å trekke grensen mellom de to kategoriene av fotografier. Således får grensedragningen først betydning når et fotografi er gjengitt i endret skikkelse, eller når vernetiden etter åvl. § 43a er utløpt, men ikke den etter åvl. § 1 jf. § 40.

5 Kildeoversikt

Litteratur:

Galtung, Andreas. Fotografiloven med kommentarer. Oslo 1991.

Gisle, Jon. Jusleksikon. Oslo 1999.

Jordahl, Theo. Fotorett i mediene. Oslo 1996.

Knoph, Ragnar. Åndsretten. Oslo 1936.

Koktvedgaard, Mogens. Lærebog i immaterialret, 7. udg. København 2005.

Krabbe-Knudsen, Johan. Fotografiske verk og fotografiske bilder. Åndsverkloven § 1 og § 43a. Oslo 1998.

Rognstad, Ole Andreas. Fragmenter til en lærebok i opphavsrett. Oslo 2004.

Rosenmeier, Morten. Værkslæren i ophavsretten. København 2001.

Schønning, Peter. Ophavsretsloven med kommentarer, 3. udg. København 2003.

Wagle, Anders Mediaas og Ødegaard, Magnus jr. Opphavsrett i en digital verden. Oslo 1997.

Juridiske artikler:

Bjelke, Harald. Om adgangen til å gjengi fotografier og avbildninger av kunstverk i aviser og tidsskrifter.

I: Ånd og rett, Festskrift til Birger Stuevold Lassen, s.143 flg. Oslo 1997.

Bjelke, Harald og Lund, Astri M. Presse og kringkasting – lån av fjernsynsbilder, ”døde og ”levende”.

I: Vennebog til Mogens Koktvedgaard, s. 127 flg. Stockholm 1993.

Blomqvist, Jørgen. Ophavsretlig beskyttelse af fotografier?

I: NIR 1984, s. 162 flg.

Godenhielm, Berndt. Synspunkter på fotografirätten.

I: NIR 1990, s. 30 flg.

Holmboe, Morten. "Fotografiloven" – en kommentar. Oslo 1992.
I: LoR 1992 s. 503 flg.

Holmøyvik, Eirik. Verkhøgdevurderinga for fotografi.
I: Festskrift til Det juridiske fakultet ved Universitetet i Bergen i anledning 25 års jubileet, s. 96 flg. Det juridiske fakultets skriftsserie. Nr. 108. Bergen 2005.

Lassen, Birger Stuevold. Noe om det fotografiske bilde.
I: Festskrift til Mogens Koktvedgaard, s. 325 flg. København 2003.

Lund, Astri M. Tripp trapp terningkast - om opphavsrettens gjenstand.
I: Festskrift till Gunnar Karnell, s. 461 flg. Stockholm 1999.

Nettdokumenter:

Aschehoug og Gyldendals Store norske leksikon, 4. utgave, 2005-07, www.snl.no.
<http://www.snl.no/article.html?id=552705> [Sisert 16. april 2008].

Aschehoug og Gyldendals Store norske leksikon, 4. utgave, 2005-07, www.snl.no.
<http://www.snl.no/article.html?id=13222592> [Sisert 16. april 2008].

Bernkonvensjonen om vern av litterære og kunstneriske verk: den reviderte Bernkonvensjonen om vern av litterære og kunstneriske verk, undertegnet i Paris den 24. juli 1971 (den materielle del artikkel 1-21), / til norsk ved advokat Astri M. Lund. Oslo (Kopinor) 1990.
<http://www.kopinor.no/opphavsrett/bernkonsvensjonen/paristeksten>

Lover

Lov om rett til fotografi av 17. juni 1960 nr. 1.

Lov om opphavsrett til åndsverk m.v. av 12. mai 1961 nr. 2.

Lov om endringer i åndsverkloven m.m. av 23. juni 1995 nr. 37.

Forskrifter

Forskrift av 21. desember 2001 til åndsverkloven (åndsverksforskriften).

Internasjonale konvensjoner, direktiver mv.

Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works of September 9, 1886, as revised at Paris on July 24, 1971.

Rådsdirektiv 91/250/EØF af 14. mai 1991 om retlig beskyttelse af edb-programmer.

Rådsdirektiv 93/98/EØF af 29. oktober 1993 om harmonisering af beskyttelsestiden for opphavsret og visse beslægtede rettigheder.

Europa-Parlamentet og Rådets direktiv 96/9/EF af 11. marts 1996 om retlig beskyttelse af databaser.

Europa-Parlamentet og Rådets direktiv 2001/84/EF af 27. september 2001 om følgeret for ophavsmanden til et originalkunstværk.

Rådsdirektiv 2006/116/EC om harmonisering af beskyttelsestiden for opphavsret og visse beslægtede rettigheder.

EØS-komiteens beslutning nr. 56/2007 av 8. juni 2007 om endring av EØS-avtalens vedlegg XVII (Opphavsrett)

Forarbeider

Ot.prp.nr.26 (1959–1960) Om lov om opphavsrett til åndsverk.

Ot.prp. nr. 28 (1969–60) Om lov om rett til fotografi.

Ot.prp. nr. 54 (1994–95) Om lov om endringer i åndsverkloven m.m.

NOU 1987:16, Fotografiretten. Delinnstilling IV fra et utvalg oppnevnt ved kongelig resolusjon 21. januar 1977.

NUT-1950-1. Innstilling til lov om opphavsrett til litterære og kunstneriske verk. Avgitt av de ved kongelig resolusjon av 24. februar 1939 oppnevnte delegerte. Kirke- og undervisningsdepartementet.

Innstilling til Lov om rett til fotografiske bilder. Avgitt av de ved kongelig resolusjon av 24. februar 1939 oppnevnte delegerte. Oslo 1950.

Innst. O. XI (1960-61). Innstilling fra Kirke- og undervisningskomitéen om lov om opphavsrett til åndsverk.

Norske dommer

Rt. 1962 s. 964, Wegner.

RG 1999 s. 330, Mocs.

RG 2001 s. 1151, Geelmuyden Kiese.

RG 2006 s. 1302, Skiglede.

Dom av Oslo byrett 22. mai 1989, Heitkøtter. (Gjengitt i NIR 1989 s. 381)

Dom av Oslo byrett 13. juni 1997, 1. Bud. (Gjengitt i NIR 1998 s. 100)

Utenlandske dommer

Dom av tysk høyesterett 1962, Aktualitten-Kinos. BGHZ 37 (1962) s. 1 – AKI.

Dom av finsk høyesterett 1979, Barnebilde. (Gjengitt i ND 1980 s. 330)

NJA 1989 s. 315, Taube. (Gjengitt i NIR 1990 s. 306)

NJA 1995 s. 256, Nummerbanken.

UfR 1975 s. 30, Billedbog.

UfR 1993 s. 17, Tippesystemer.

Forkortelser

Innst. O.	-	Innstilling til Odelstinget.
LoR	-	Lov og Rett.
ND	-	Nordisk Domssamling.
NIR	-	Nordisk Immaterielt Rättsskydd.
NJA	-	Nytt Juridisk arkiv, Högsta domstolens domar.
NOU	-	Norges offentlige utredninger.
Ot.prp.	-	Odelstingsproposisjon.
RG	-	Rettens Gang, publikasjon for utvalgte underrettsdommer.
Rt.	-	Norsk Rettstidene, publikasjon for høyesterettsavgjørelser.
UfR	-	Ugeskrift for rettsvesen.